Die vorbeugende Unterlassungsklage, insbesondere ihre Vereinbarkeit mit vorhandenem Strafschutz.

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Paul Ludwig Langner

BRESLAU 1931
HOCHSCHUL-VERLAG BRESLAU
Druck von Karl Vater :: Breslau 5 :: Siebenhufenerstraße Nr. 11/15

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau.

Berichterstatter: Prof. Dr. Schott.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Herrn Dr. Alfred Wolf
und Frau Gemahlin
in Verehrung gewidmet.

Inhalts-Verzeichnis

	Seite
Einleitung	1
Erster Teil: Die vorbeugende Unterlassungsklage	4
I. Arten der Unterlassungsklage.	4
1. Die vertragliche Unterlassungsklage	4
2. Die wiederherstellende Unterlassungsklage	5
3. Die vorbeugende Unterlassungsklage	7
II. Geschichte des Unterlassungsschutzes	8
III. Das rechtliche Wesen der vorbeugenden Unterlassungsklage	12
1. Die Ansicht des Reichsgerichtsrätekommentars	12
2. Eltzbachers Ansicht	13
3. Die Konstruktion aus § 259 ZPO.	14
4. Die Begründung aus dem Persönlichkeitsrecht	17
5. Der Standpunkt der Rechtsprechung	21
6. Die vorbeugende Unterlassungsklage als actio quasi negatoria	25
a) Die Methode der Analogie	25
b) Der Analogieschluß ist nicht durch ausdrückliche gesetzliche Regelung ausgeschlossen	27
c) Es besteht ein Rechtsschutzbedürfnis	27
d) Der zur Analogie verwandte Grundgedanke	27
IV. Die einzelnen Voraussetzungen der actio quasi negatoria	30
1. Das Erfordernis des Rechtsschutzbedürfnisses	30
2. Widerrechtlicher Eingriff in vom Gesetz geschützte oder Rechtsgüter	35
a) Art und Grenzen des Eingriffs	37
b) Die geschützten Rechtsgüter	37
c) Die Frage der Widerrechtlichkeit	39
3. Wiederholungsgefahr	41

Zweiter Teil: Die Vereinbarkeit der vorbeugenden Unterlassungsklage mit vorhandenem Strafschutz 44
Vorbemerkung 44
I. Die Stellungnahme des Reichsgerichts 45
II. Kritik des einschränkenden Grundsatzes des Reichsgerichts 47
1. Die Einschränkung des Reichsgerichts verstößt gegen die bisherige Rechtsprechung 47
2. Die Einschränkung bezieht sich unverständlicherweise nur auf die vorbeugende, nicht auch auf die wiederherstellende Unterlassungsklage 49
3. Bei der actio negatoria ist eine Einschränkung nicht vorgesehen 51
4. Strafrecht und Zivilrecht sind scharf voneinander zu trennen 52
III. Würdigung und Ergebnis 53
Dritter Teil: Gedanken über die vorbeugende Unterlassungsklage de lege ferenda 65

Einleitung.

Die unerschöpfliche Mannigfaltigkeit des Lebens bringt es mit sich, daß nicht alle Rechtsfragen im Gesetz berücksichtigt sind; das Leben verlangt aber auf jede auftauchende Rechtsfrage eine Antwort. Der Richter hat daher mitunter die Norm für die Entscheidung, soweit sie im Gesetz nicht zum Ausdruck gekommen ist, unter Anlehnung an das Gesetz selbst zu finden.

Wissenschaft und Praxis gehen nun von der Erkenntnis aus, daß eine allgemeine Vorschrift für das Gebiet der Unterlassung im Gesetz fehlt[1]). Und doch gewährt die Praxis in vielen Fällen über die ausdrücklichen Gesetzesvorschriften hinaus eine Klage auf Unterlassung künftiger rechtswidriger schädigender Eingriffe und es wird nachgewiesen werden, daß sie sich ohne weiteres in das bestehende Rechtssystem einfügen läßt. Dernburg[2]) weist mit Genugtuung auf diese Rechtsentwicklung hin: „Die Unterlassungsklage ist ein leuchtendes Beispiel der Entwicklung unseres bürgerlichen Rechts geworden. Sie erscheint uns heute unentbehrlich". Ebenso führt Rosenthal[3]) erfreut über die Praxis der Gerichte aus: „Als Schöpfung eines überlegenen Richtertums, das die Verkehrserfordernisse der Gegenwart klar erfaßte, haben die Entscheidungen RG. 48, 114 und RG. 60, 6 dem deutschen Volke ein neues Rechtsschutzmittel geschenkt, das einen Triumph zweckentsprechender Rechtsverfolgung bedeutet, eine überaus erfreuliche Verfeinerung des Rechtsempfindens". „Wie der Prätor kraft seiner Amtsgewalt ein in seiner typischen Gestaltung unvergängliches Verkehrsrecht erzeugt hat, so ist hier, wie vor zwei Jahrtausenden, gewissermaßen ein prätorisches Edikt zum Führer einer Rechtsentwicklung geworden, die den feinsten Verästelungen des modernen Verkehrsleben sich anpaßt". In der Tat ist es eine erfreuliche Erscheinung, daß eine gewisse Unabhängigkeit von den gröberen Mitteln des Schadensersatzprozesses und des Strafverfahrens ge-

1) Neukamp, JW. 1915, S. 114.
2) BGB. 1915, S. 766.
3) Unterlassungsklage, Vorwort.

schaffen und ein Mittel vorbeugenden Rechtsschutzes gegeben ist. Eltzbacher[4]) klagt mit Recht darüber, daß unsere Rechtswissenschaft, wo es sich um den Schutz des Einzelnen gegen Rechtsverletzung handelt, fast nie die Verhütung der drohenden im Auge hat.[5]). „Während die Medizin in neuerer Zeit mehr und mehr angefangen hat, neben der Therapie auch die Prophylaxe zu pflegen, steht in der Rechtswissenschaft, namentlich in der Wissenschaft für das Privatrecht, immer noch im Verhältnis zum ausgleichenden Rechtsschutz, der vorbeugende ungebührlich im Hintergrunde“[6]). Unzweifelhaft spricht wirtschaftlich vieles dafür, nicht bloß oder vorwiegend den Ausgleich erlittener Rechtsverletzungen anzustreben, sondern schon dem Eintritt solcher vorzubeugen. Auch Flad[7]) ist beizupflichten, wenn er ausführt: „auch unter höheren Gesichtspunkten einer gewissen Rechtsethik möchte es mehr ansprechen, den Rechtsgenossen sich drohender Unbill mit Energie und Umsicht im Wege Rechtens erwehren zu sehen, als solche herankommen zu lassen und einen gerichtlichen Weg erst für den Anspruch auf Ausgleich zu eröffnen“. Wenn nun die Unterlassungsklage zwar in der Praxis gewährt wird, so herrscht dennoch in der Wissenschaft lebhafter Streit über ihr rechtliches Wesen und die Grenzen ihrer Zulässigkeit. Eine Uebersicht über die verschiedenen Ansichten scheint daher willkommen; insbesondere sollen die Grundideen, die das Reichsgericht zur Gewährung der vorbeugenden Unterlassungsklage veranlaßt haben, veranschaulicht werden. Speziell die Frage: Kann ich dann vorbeugend auf Unterlassung klagen, wenn die drohende Handlung unter öffentliche Strafe gestellt ist?, wird besonders lebhaft umkämpft. Das Reichsgericht verschließt wegen der Strafdrohung zwar nicht immer, aber grundsätzlich in diesem Falle die vorbeugende Unterlassungsklage, Rosenthal[8]) lehnt scharf jegliche Einschränkung ab und meint: „Das Bestreben der neuesten Rechtsprechung des sechsten Zivilsenats des Reichsgerichts, die volle Entfaltung der Unterlassungsklage zu hemmen, ja sogar die früheren grundlegenden Urteile in ihrer Tragweite durch Anfügung von Klauseln einzuschränken“, sei eine Ver-

4) Unterlassungsklage, S. 1.
5) Flad, S. 376/77.
6) Vgl. Eltzbacher, Unterlassungsklage, S. 1.
7) S. 338.
8) Unterlassungsklage,

wischung der Linien, in denen der Aufbau der Unterlassungsklage sich vollzogen hat und die Ursache der erheblichen Unstimmigkeit der Instanzgerichte. Daher scheint es geboten, sich der Behandlung dieser Spezialfrage insbesondere zu widmen; im Gegensatz zu Rosenthal wird sich zeigen, daß es sich hierbei weniger um eine Frage der Rechtsphilosophie, um die Stellungnahme zum Wesen und Ziel des Rechts handelt, sondern daß der Widerstreit der Meinungen auf der verschiedenen Auffassung des rechtlichen Wesens der vorbeugenden Unterlassungsklage oder, anders ausgedrückt, auf der Verschiedenartigkeit der einzelnen Voraussetzungen, die zur Unterlassungsklage berechtigen, beruht. Daher soll gewissermaßen als notwendige Vorfrage für die Lösung des Problems, ob eine Nebeneinandergewährung der Zivilklage und des Strafschutzes möglich ist, ausführlich das Wesen der vorbeugenden Unterlassungsklage, sodann deren einzelne Voraussetzungen erörtert werden.

Erster Teil:

Die vorbeugende Unterlassungsklage.

I. Arten der Unterlassungsklage.

Wissenschaft und Praxis sind sich darüber einig, daß eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift für die Unterlassungsklage fehlt. Da es Unterlassungsklagen verschiedenen Charakters gibt, sind zunächst die verschiedenen Arten zu untersuchen. Oertmann[1]) betont mit Recht, daß insbesondere die Scheidung zwischen dem vorbeugenden und wiederherstellenden Unterlassungsanspruch zur Klärung des Problems der Unterlassungsklage von allergrößter Wichtigkeit ist. Eine solche kann sich erstens auf vertragswidriges schuldhaftes Verhalten (vertragliche Unterlassungsklage) oder zweitens auf die Schadensersatzpflicht, die als Ausfluß jeder unerlaubten oder unsittlichen Handlung zu betrachten ist und immer ein Verschulden voraussetzt (wiederherstellende Unterlassungsklage) oder drittens auf ein rechtswidriges, nicht schuldhaftes Verhalten stützen (vorbeugende Unterlassungsklage). In allen drei Fällen muß eine Besorgnis der Wiederholung der Rechtsverletzung gegeben sein. Gerade die wiederherstellende Unterlassungsklage wurde von der vorbeugenden früher nicht scharf genug getrennt[2]); neuerdings bemüht man sich, diese beiden ihrem rechtlichen Wesen nach grundverschiedenen Fragen zu scheiden.

Zunächst sei die vertragliche Unterlassungsklage kurz umrissen. Die auf Rechtsgeschäft, zumal auf Vertrag beruhende Forderung auf Unterlassung entspringt unmittelbar aus dem Rechtsgeschäft; die Unterlassungsklage entspringt dem § 259 ZPO., der dem Gläubiger eine Klage auf künftige Leistung gewährt, damit er zur Zeit der Fälligkeit sofort vollstrecken kann, wenn der Schuldner durch sein schuldhaftes Verhalten die Besorgnis künftiger Unsicherheit der Erfüllung heraufbeschworen hat. Dieser Grundsatz läßt sich auch auf Unterlassungspflichten beziehen, indem man diese als künftige Leistung auffaßt (§ 241 BGB.; vgl. §§ 550, 581, 1053, 1068 BGB.). Diese vertragliche Unterlassungsklage scheidet für unsere Arbeit vollkommen aus.

---

1) BGB., S. 1370 b.
2) Vgl. Dernburg, 1915, S. 776 ff.

Die zweite Art der Unterlassungsklage wird als wiederherstellende bezeichnet; denn ihr Wesen stellt sich als eine Schadensersatzklage dar, bezweckt die Wiederherstellung des früheren Zustandes nach § 249 BGB. und zwar in der Form der Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen[3]). Die Klage will nicht unmittelbar neue schadenstiftende Handlungen unterbinden. „Die wiederherstellende Unterlassungsklage ist von der Rechtsprechung gewährt worden aus der Erwägung heraus, daß da, wo kraft Gesetzes eine Schadensersatzverpflichtung oder öffentliche Strafe eintritt, auch die einfachere Form des Rechtsschutzes, die Unterlassungsklage, Platz greifen muß[4])". „Der leitende Gedanke ist, daß der Verletzer verbunden ist, seine mit Unrecht in den Rechtskreis eines anderen eingreifenden Handlungen zu unterlassen, und zwar nicht bloß aus Gründen der öffentlichen Ordnung, sondern auch aus Gründen des Privatrechts[5])". Der repressive Unterlassungsanspruch ist begründet, soweit eine unerlaubte Handlung zwar schon nachgewiesen werden kann, aber noch nicht abgeschlossen vorliegt, besonders bei fortdauernd störenden Eingriffen, bei Dauerhandlungen; er soll dazu dienen, die eingetretene Schädigung zu beseitigen; gerade deshalb ist er als ein Ersatzanspruch aufzufassen, der auf Naturalherstellung (§ 249 BGB.) gerichtet ist, d. h. auf Wiederherstellung eines gleichen Zustandes, wie er vor dem schädigenden Eingriff bestanden hat[6]). Als Schadensersatzklage setzt er naturgemäß Verschulden voraus. Planck[7]) betont mit Recht, daß die Schadensersatzleistung auf die Vergangenheit gerichtet ist; denn „der durch die unerlaubte Handlung veränderte frühere Zustand wird dadurch wieder hergestellt, daß die konkreten Auswirkungen der schädigenden Handlung beseitigt sind: eine Wiederholung der unerlaubten Handlung schafft einen neuen Schadenstatbestand, auf den erneut § 249 BGB. anzuwenden ist". Wenn auch eine künftige Wiederholung einer schädigenden Handlung möglich ist und die Schadensersatzpflicht nur

---

3) Vgl. Staub, Anhang zu § 346, Anm. 13 h c.

4) Rosenthal, Unterlassungsklage, S. 4; Vgl. RG. 48, 120; 53, 400; RG. in JW. 1896, 709; 1900, 896; 1901, 13; 1903, 128.

5) Rosenthal, Unterlassungsklage, S. 4.

6) Vgl. RGRKomm. Vorbem. zu § 823, 6 II pr. und Planck S. 1747 unten.

7) S. 1748.

dann als erfüllt angesehen werden kann, wenn der vom Gesetz verbotene Eingriff nicht wiederholt wird, so ist dennoch eine auf Verhinderung dieser Wiederholung gerichtete besondere Klage aus dem Schadensersatzanspruch als solchem nicht zu entnehmen; für die Unterlassung eines schädigenden Eingriffs für die Zukunft ist aus dem Schadensersatzrecht kein Rechtsbehelf in der Gegenwart gegeben. Nun lassen sich aber Fälle nachweisen[8]), „wo die unerlaubte Handlung zu einem schädigenden Dauerzustand geführt hat, und es darauf ankommt, diesen durch den Zwang weiterer Störungen zu beseitigen". Als in der Zukunft fortwirkende Rechtsbeeinträchtigungen, deren Unterlassung erstrebt wird, kommen insbesondere in Betracht: Sperr- und Boykottmaßregeln, Eingriffe in die Vereinigungsfreiheit (RG. 113, 35), Zeitungsveröffentlichungen, in Druck verbreitete unwahre Mitteilungen über Geschäftsverhältnisse (RG. 57, 157; 60, 12), Schmähschriften, Anschläge von Plakaten (RG. 91, 267 mit Anf.), Versendung von Drucksachen, Prospekten, Postkarten rechtsverletzenden Jnhalts (RG. 56, 271; 80, 130; JW. 1914, 83,14; 1923, 180, 12), Irreführung des Publikums durch täuschende Nachahmung einer Warenausstattung (Warn. Rspr. 1921 Nr. 29). All diese Beispiele begründen die zur Gewährung der wiederherstellenden Unterlassungsklage notwendige Wiederholungsgefahr; eine solche ist aber nicht nur gegeben bei unlauteren Machenschaften, die z. B. die Schließung oder Störung eines Handelsgeschäftes zur Folge haben, sondern auch bei solchen Machenschaften, die den Betrieb eines Handelsgeschäftes durch Verhinderung des Absatzes nach einer einzelnen Richtung aufheben oder beeinträchtigen[9]). Da die wiederherstellende Unterlassungsklage eine Schadensersatzklage ist, sollte man meinen, die Zurücknahme von kreditschädigenden Handlungen sei vom Nachweis einer Schadenszufügung abhängig; grundsätzlich ist das auch richtig; doch es kann z. B. bei Ehrverletzungen die Klage auf Zurücknahme der einzige Weg der Wiedergutmachung sein[10]), wenn ein nicht vermögensrechtlicher

8) Vgl. Planck, 1748.

9) Vgl. Staub, Anh. zu § 346, Anm. 13 h; JW. 03, Beil. 24, Nr. 50, z. B. durch unehrenhafte Benutzung eines Vergleichs, um den Gegner in der öffentlichen Meinung unmöglich zu machen; RG. in Mu.W. 21, 18/19.

10) Seuff. Arch. 64, Nr. 29.

Schaden entstanden ist, der mit Geld nicht abzufinden ist (Warn. Rspr. 13 Nr. 449) und bei öffentlichen Angriffen, wie der Verrufserklärung, bei denen jeder Anhalt für eine Schadensbemessung fehlt[11]).

Es wird sich zeigen, daß die vorbeugende und die wiederherstellende Unterlassungsklage in einzelnen Voraussetzungen große Aehnlichkeiten haben, doch kann nicht genug Wert darauf gelegt werden, beide Klagen wegen ihres rechtlich verschiedenen Charakters voneinander zu trennen. „Wird daran festgehalten, daß diese wiederherstellende Klage nur gegeben werden kann, (wenn eine abgeschlossene unerlaubte Handlung vorangegangen ist), so sind ihr naturgemäß enge Grenzen gesteckt. Begangene unerlaubte Handlungen werden nicht dadurch ungeschehen und unschädlich gemacht, daß sie nicht wiederholt werden[12])". Meines Erachtens wäre es angebracht, die sog. wiederherstellende Unterlassungsklage besser Beseitigungsklage zu nennen[13]); denn ihr Zweck ist zwar auf Unterlassung künftiger Eingriffe in den Rechtskreis des Klägers gerichtet, aber sachlich ist die wiederherstellende Unterlassungsklage nichts anderes als ein Schadensersatzanspruch, bei dem die Naturalrestitution des § 249 BGB. in der Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes besteht.

Hier interessiert lediglich die vorbeugende Unterlassungsklage. Diese wird heute von den Gerichten vielfach gewährt, so wie sie für das besondere Rechtsgebiet des Wettbewerbs in verschiedenen Bestimmungen des unlauteren Wettbewerbsgesetzes geschaffen ist. Theoretisch streitet man aber lebhaft darüber, welcher rechtliche Charakter diesem vorbeugenden Unterlassungsschutz zukommt und wann diese Klage zulässig ist, also welches ihre einzelnen Voraussetzungen sind.

Daher soll zunächst im ersten Teil das rechtliche Wesen der vorbeugenden Unterlassungsklage geklärt werden, sodann die einzelnen Klagevoraussetzungen der vorbeugenden Unterlassungsklage herausgearbeitet und einzeln behandelt werden. Auf Grund des dann gewonnenen Ergebnisses soll zum Schluß im zweiten Teil eine Lösung des Hauptproblems der Arbeit versucht werden, nämlich ob die vorbeugende Unterlassungsklage auch in dem Sonderfall

11) Vgl. Staub, Anm. 13 h.
12) RGRKomm. Vorbem. zu § 823, 6 II (S. 546).
13) Ebenso z. B. Warneyer, 1930, S. 1426.

zulässig ist, wenn der Betroffene neben der Zivilklage auf Unterlassung noch einen öffentlichen Strafschutz hat.

Vor all den eben angeführten Erörterungen soll zunächst ein geschichtlicher Ausblick unternommen werden. Das empfiehlt sich insbesondere deswegen, weil der Grundgedanke, der der vorbeugenden Unterlassungsklage zugrunde liegt, die Voraussetzungen und das Ziel der Unterlassungsklage eine entscheidende Rolle spielen wird und es interessant ist, den Grundgedanken in den älteren und neueren Rechtsquellen zu betrachten und das allmähliche Durchdringen dieses Gedankens zu verfolgen.

II. Geschichte des Unterlassungsschutzes.

„Eine rechtsgeschichtliche Entwicklung wird dann stets unseres lebhaften Anteils sicher sein, wenn sie uns zeigt, wie die rechtschaffenden Gewalten auf irgendeinem Gebiet im Laufe der Zeiten wechselnde Ziele verfolgt und hierbei unter dem Einfluß der großen Grundströmungen ihrer Zeit gestanden haben“[1]).

Schon im römischen Recht kannte man Unterlassungsklagen, liegen also die Wurzeln unseres Unterlassungsschutzes. Erinnert sei an die actio negatoria, die actio negatoria utilis, die actio confessoria, die actio confessoria utilis, die negatorische und die konfessorische actio Publiciana und die actio ad exibendum, ferner an die Aktionen auf Grund prohibitorischer interdicta privata[2]). Eine allgemeine Unterlassungsklage gab es nicht, vielmehr schützten die auf Unterlassung gerichteten Aktionen die verschiedensten Rechte. Entsprechend den heutigen Voraussetzungen wurden die Klagen des römischen Rechts nur dann gewährt, wenn die Verletzung eines Privatrechts stattgefunden hatte und ein weiteres verletzendes Tun zu befürchten war. Das Ziel der Unterlassung wurde nur mittelbar erreicht, denn das Gericht war darauf beschränkt, den Beklagten zur Zahlung einer litis aestimatio, einer vom Kläger durch Eid bestimmten Geldsumme zu verurteilen, sofern dieser sich weigerte, freiwillig für den Fall künftiger Verletzung eine Strafsumme zu versprechen, dieser Rechtsbehelf führte praktisch zur Unterlassung des Vorhabens, doch unmittelbar konnte dem Täter Unterlassung nicht geboten werden[3]).

1) Eltzbacher, Unterlassungsklage, S. 5.
2) Näheres siehe Eltzbacher, a. a. O., S. 6 ff.
3) Eltzbacher, a. a. O., S. 13 ff.

Die kasuistische Denkart des römischen Rechts wurde im gemeinen Recht[4]) übernommen, aber der Kreis der Klagen wurde im Wege des Gewohnheitsrechts erheblich erweitert[5]). Das Ziel wurde umgestaltet: schon zu Anfang des 17. Jahrhunderts gingen die Unterlassungsklagen darauf, daß das Gericht dem Beklagten die Unterlassung künftiger Verletzung gebot und ihm auferlegte, für den Fall der Zuwiderhandlung eine Strafsumme zu geloben. Am Ende des 18. Jahrhunderts wurde dagegen zugleich mit dem Unterlassungsgebot eine an den Fiskus zu zahlende Strafe für den Fall der Zuwiderhandlung angedroht[6]).

Der Rechtszustand des gemeinen Rechts blieb in den deutschen Kodifikationen, z. B. dem Codex Maximilianeus bavarici civilis (1756) maßgebend. Eine allgemeine Unterlassungsklage gab es nicht[7]).

Obwohl das allgemeine Landrecht die Subsidiarität des gemeinen Rechts verwarf (Publikationspatent vom 5. Februar 1794 § 1), so verharrte man in der Praxis sowohl bei der Frage der Klagevoraussetzungen als auch des Zieles der Klage ganz auf dem Rechtszustand des gemeinen Rechts.

Nach dem Code civil, der 1803 und 1804 erlassen, bis 1910 in zahlreichen deutschen Ländern eingeführt, in Baden in erweiterter Art als badisches Landrecht veröffentlicht wurde, ist auffällig, daß er die Unterlassungsklagen gar nicht erwähnt. Gerade das Schweigen des Gesetzes ist für die Entwicklung des Unterlassungsschutzes aber sehr dienlich gewesen. Eltzbacher[8]) ist in der Lage, zahlreiche Entscheidungen zu zitieren, in denen ohne ängstliche Gebundenheit an Analogie Unterlassungsklagen anerkannt sind. Namentlich zum Schutz dinglicher Rechte sind Unterlassungsklagen gewährt worden[9]). Ja sogar zum Schutz des Persönlichkeitsrechts wurde vereinzelt Klagschutz gewährt. Obwohl der Code civil ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung eine Unzahl von Unterlassungsklagen gewährt hat, hat eine allgemeine Unterlassungsklage nicht zur Anerkennung gelangen können[10]). Allerdings hat das Reichsgericht

4) Vgl. Flad, S. 342.
5) Näheres siehe Eltzbacher, a. a. O., S. 18 ff.
6) Näheres Eltzbacher, a. a. O., S. 32 ff.
7) Vgl. Eltzbacher, a. a. O., S. 38 ff. und Flad, S. 342.
8) a. a. O., S. 44 ff.
9) a. a. O., (Eltzbacher), S. 48.
10) Vgl. Flad, S. 342.

in zwei badischen Sachen (RG. 25, Nr. 75; 38, Nr. 99) den allgemeinen Satz aufgestellt, eine Klage auf Unterlassung einer unrechten Tat sei zulässig, wenn das unrechte Verhalten bereits verwirklicht worden sei und mit der Klage auf Unterlassung die Fortsetzung des unrechten Verhaltens verhütet werden solle. Doch blieb dieser Satz in der Praxis ohne jede Wirkung. Zur aus der Praxis geborenen Voraussetzung hat die Unterlassungsklage nach dem Code civil, daß ein Privatrecht verletzt und ein weiteres verletzendes Tun zu befürchten ist.

Im Ziel der Unterlassungsklage ist nach dem Code civil festzustellen, daß zwischen dem Schutz von Ausschließungsrechten und von Forderungsrechten zu unterscheiden ist. Bei Unterlassungsklagen zum Schutz von Ausschließungsrechten konnte dem Beklagten die künftige Verletzung verboten und ihm für den Fall der Zuwiderhandlung eine an den Kläger zu zahlende Geldstrafe angedroht werden; bei der Unterlassungsklage zum Schutz von Forderungsrechten konnte nur ein nicht vollstreckbares Verbot künftiger Verletzung erlangt werden.

Am sorgfältigsten hat das Gebiet der Unterlassungsklagen das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen (1863) geregelt. Es enthielt in § 762 eine sehr weitgehende Vorschrift: „Ist eine Forderung darauf gerichtet, daß der Verpflichtete etwas unterlassen soll, und hat er dem zuwider gehandelt, so kann der Berechtigte.... auf Beseitigung der dadurch herbeigeführten Aenderungen.... und auf Androhung einer Geldstrafe für weitere Zuwiderhandlungen klagen". Obwohl in vielen Einzelvorsschriften z. B. §§ 32[1], 205, 325, 326, 327, 532, 530, 566, 762 Unterlassungsschutz vorgesehen ist, ist eine allgemeine Unterlassungsklage nicht anerkannt worden. Eltzbacher[11]) berichtet von dem Dresdener Urteil vom 28. November 1894, das den Satz aufstellte, eine Klage auf Unterlassung müsse dann stets zugelassen werden, wenn ein rechtswidriges Gebahren bereits verwirklicht worden sei und dessen Fortsetzung zu befürchten stehe; er bemerkt aber, daß dieser Satz nicht genügend begründet worden und daher in der Praxis unbeachtet geblieben sei. Die enge Anlehnung an das gemeine Recht zeigt sich bei den Voraussetzungen aller Unterlassungsklagen, wobei die Verletzung eines Pri-

11) Eltzbacher, a. a. O., S. 63.

vatrechts und die Gefahr weiteren verletzenden Tuns notwendig war; hierbei ist letzteres als selbstverständlich angesehen worden, ausdrücklich ausgesprochen ist das Erfordernis nicht. Zum Ziel hatten die Unterlassungsklagen nach sächsischem Recht, daß der Kläger ein Urteil erlangte, das dem Beklagten die künftige Unterlassung verbot und für den Fall der Zuwiderhandlung eine an den Fiskus zu zahlende Geldstrafe androhte.

Zur Zeit der Gründung des Norddeutschen Bundes regelten in Deutschland mannigfache Gesetzesvorschriften den Unterlassungsschutz: im Gebiet des gemeinen Rechts, des Codex Maximilianeus bavaricus, des ALR., des Code civil und des sächsischen Rechts gab es besondere, allerdings vielfach übereinstimmende Vorschriften. Das Reichsrecht ergänzte die Bundesrechte nach vielen Seiten hin, denn es schuf gemeinsame reichsrechtliche Unterlassungsklagen, z. B. im HGB. Artikel 27 (§ 37) zum Schutze des Firmenrechts und im Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs von 1896 §§ 1, 6, 8, ja es wurde sogar m. E. im Wege der Analogie, nach Eltzbacher[12]) im Wege des Reichsgewohnheitsrechts als allgemeiner Satz anerkannt: wo im Reichsgesetze Rechte an unkörperlichen Gütern anerkannt sind, da ist als Folge der ausschließlichen Herrschaft über das Geisteserzeugnis[13]) zu deren Schutz auch eine Unterlassungsklage gegeben. So wurden trotz des Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Vorschriften teils in Anlehnung an gesetzliche Vorschriften, teils mit allgemeiner Begründung im Bereich des Warenzeichengesetzes, des Patentgesetzes, zum Schutz des literarischen Urheberrechts, des Urheberrechts am Gebrauchsmuster und am Geschmacksmuster weitere Unterlassungsklagen gewährt[14]). Das Reichsrecht brachte durch § 775 ZPO. (heute § 890) insofern eine Abänderung der Landesrechte in der Regelung des Ziels der Unterlassungsklage, als der Kläger verlangen konnte, daß in dem Urteil dem Beklagten für jede Zuwiderhandlung eine angemessene Strafe angedroht wurde, die bis auf 1500 RM. Geldstrafe und bis auf sechs Monate Haft bemessen werden konnte.

12) a. a. O., S. 70.
13) Flad, S. 343.
14) Vgl. Eltzbacher, a. a. O., S. 69/70.

Das Reichsrecht schuf insbesondere die Grundlage, auf der die Wissenschaft aus den gegebenen Rechtsvorschriften, vor allem der actio negatoria eine allgemeine vorbeugende Unterlassungsklage ergründen konnte. Von verschiedenen Seiten tritt man für eine solche ein, auch die Praxis trägt keine Bedenken, sie zu gewähren. Einig ist man allerdings nur darin, daß die allgemeine Unterlassungsklage unabhängig von den Vorschriften unserer Rechtsordnung über einzelne Unterlassungsklagen gegeben sein soll[15]). Im übrigen stehen sich die verschiedenen Ansichten gegenüber, namentlich denkt man sich die behauptete allgemeine Unterlassungsklage in sehr verschiedener Gestalt. Es sei daher nunmehr Aufgabe, die verschiedenen Auffassungen über das rechtliche Wesen der Unterlassungsklage zu erörtern, um sodann eine eigene Ansicht aufzustellen. Ist man sich dann über das Wesen der vorbeugenden Unterlassungsklage ganz im klaren, so wird man die einzelnen Voraussetzungen für die Gewährung der Klage klar herausstellen können.

III. Das rechtliche Wesen der vorbeugenden Unterlassungsklage.

1. Der Reichsgerichtsräte-Kommentar[1]) spricht davon, daß die vorbeugende Unterlassungsklage an sich der abwehrenden Eigentumsklage nachgebildet sei; da sie sich aber auf rein persönliche Rechtsgüter oder Interessen beziehe, einen Eingriff in ein durch die Vorschriften des 25. Titels des BGB. geschütztes Rechtsgut oder Interesse zur Grundlage habe und eine Ergänzung des Schadensersatzklage bilde, sei sie ebenfalls als Klage aus unerlaubter Handlung oder wegen einer unerlaubten Handlung anzusprechen; der dingliche Charakter der Eigentumsklage gehe ihr ab; der Unterlassungsanspruch entspringe hier nicht wie bei der Eigentumsfreiheitsklage dem verletzten ausschließlichen Recht, sondern der widerrechtlichen Störung des allgemeinen Rechtskreises des Beschädigten. Der Kommentar glaubt sich bei dieser seiner Stellungnahme auf die gleiche Ansicht des Reichsgerichts (88, 130) berufen zu können.

Diese Ansicht hält einer Kritik aber nicht stand. Denn die Tatsache, daß die vorbeugende Unterlassungsklage eine

15) Vgl. Eltzbacher, a. a. O., S. 78.
1) Anm. zu § 823, Vorbem. III, S. 547.

Ergänzung zur — wirtschaftlich gesehen — ähnlich gelagerten Schadensersatzklage ist, stempelt sie noch lange nicht zu einer Deliktsklage. Die vorbeugende Unterlassungsklage will einen widerrechtlichen Eingriff, der für die Zukunft droht, verhindern; der Schadensersatz betrifft dagegen stets die Vergangenheit und setzt den objektiven und subjektiven Tatbestand einer unerlaubten Handlung voraus, die vorbeugende Unterlasssungsklage ist aber nicht an die subjektiven Voraussetzungen der deliktischen Klage gebunden. Da der Anspruch auf Unterlassung kein Verschulden voraussetzt, ist er kein Deliktsanspruch, wenn er auch wie der Deliktsanspruch aus rechtswidrigem Verhalten „entspringt".

2. Eltzbacher[2]) sucht die Unterlassungsklage durch die Annahme zu begründen, daß überall, wo eine Rechtsvorschrift um jemandes Willen einen anderen einschränke, ein subjektives Recht vorhanden sei. Danach würde man allerdings aus allen Rechtsvorschriften, die um eines anderen willen eine Handlung verbiete, ein Verbietungsrecht des Geschützten ableiten können, und dieses Verbietungsrecht würde, wenn es verletzt und Wiederholung zu befürchten ist, in der Tat auch eine Unterlassungsklage rechtfertigen. Mit Recht weist Enneccerus[3]) darauf hin, daß diese Auffassung, die sich der Ansicht von Thon und Bierling anschließe, mit dem richtigen Begriff des subjektiven Rechts nicht zu vereinbaren ist. Eltzbacher definiert[4]): „Die Tatsache..., daß eine Rechtsvorschrift um jemandes willen andere einschränkt, ist das, was wir ein Recht nennen". Diese Definition ist aber abzulehnen, denn sie verflüchtigt den Begriff des subjektiven Rechtes in die Tatsache, daß anderen zu jemandes Gunsten etwas verboten ist; sie führt zu ganz unhaltbaren Ergebnissen; denn sie führt zu der Annahme unzähliger subjektiver Rechte (z. B. Nichtvornahme aller denkbaren, zu unseren Gunsten verbotenen Angriffe), die doch in allen anderen Beziehungen nicht als subjektive Rechte behandelt werden, d. h. den für solche geltenden Regeln nicht gleichgestellt werden. Vor allem aber verträgt sich Eltzbachers Definition nicht mit den in anderen Vorschriften hervortretenden Begriffen des subjektiven Rechts. Enneccerus[5]) beweist den Widerspruch wie

2) a. a. O., S. 104 ff.
3) S. 770.
4) a. a. O., S. 104.
5) S. 772, Anm. 1.

folgt: „Man denke nur an den Gegensatz der in § 823 Abs. 1 behandelten Verletzung subjektiver Rechte und der im zweiten Absatz desselben Paragraphen behandelten Verletzung eines den Schutz eines anderen bezweckenden Gesetzes. Man denke ferner daran, daß Rechte dem einen (z. B. der Stiftung) um anderen (z. B. der Kranken) willen zustehen können, oder daran, daß bei dem Vertrage zu Gunsten Dritter dem Dritten nicht immer, wenn sein Vorteil erstrebt wird, sondern nur dann, wenn ihm nach der Absicht der Parteien ein Recht gegeben werden soll, ein Anspruch gewährt wird" (§ 328 BGB.). Abzulehnen ist die Verteidigung Eltzbachers[6]): „In solchen Fällen haben wir es mit bloßen Nebenwirkungen von Rechten zu tun". Eltzbachers Konstruktion muß infolgedessen wegen Unrichtigkeit seiner Grundvorausetzung abgelehnt werden[7]).

3. Verschiedene Schriftsteller versuchen das Wesen der vorbeugenden Unterlassungsklage aus dem § 259 ZPO. zu ergründen. Insbesondere Hellwig[8]) will in „Anspruch und Klagrecht" S. 388 ff. die generelle Zulässigkeit der vorbeugenden Unterlasssungsklage aus dem § 259 ZPO. ableiten und damit die Ueberflüssigkeit der entsprechenden Bestimmungen des BGB. (§§ 12, 864, 1004) darlegen, die durch § 259 ZPO. völlig absorbiert seien[9]). § 259 ZPO. lautet: „Klage auf künftige Leistung kann außer den Fällen der §§ 257, 258 erhoben werden, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde". Hellwig behauptet nun, Leistung im Sinne dieser Vorschrift könne nun auch ein Unterlassen sein, das die vorbeugende Unterlassungsklage erstrebe. Es soll nicht geleugnet werden, daß die Zivilprozeßordnung zur Deutung materieller Rechtsfragen herangezogen werden darf, und daß auch materiellrechtliche Vorschriften in der ZPO. zu finden sind. Daher gilt es zu prüfen, ob die Bestimmung des § 259 als materiellrechtliche aufzufassen ist.

---

6) a. a. O., S. 105.

7) Gegen ihn auch von Blume, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage in der Festgabe für Güterbock, S. 383 ff.; Lehmann, Goldschmidt Zeitung, 76, 318; Salinger, Gruch. 64, 264.

8) Die Begründung Hellwigs ist von Wendt im Archiv ziv. Prax., Bd. 92, S. 85/86; Allfeld (Lit. Urh. Ges., S. 217); Seuffert, ZPO. (9) Note 2 zu § 259 gebilligt worden.

9) Vgl. Mannhardt, DJZ. 1919, 447.

§ 259 ZPO. ist zusammen mit den §§ 257, 258 in die neue Gestalt der ZPO. von 1898 eingefügt worden. § 257 ZPO. bestimmt: „Ist die Geltendmachung einer nicht von einer Geltendmachung abhängigen Geldforderung oder die Geltendmachung des Anspruchs auf Räumung eines Grundstücks, eines Wohnraumes oder eines anderen Raumes an den Eintritt eines Kalendertages geknüpft, so kann Klage auf künftige Zahlung oder Räumung erhoben werden". § 256 ZPO. lautet: „Bei wiederkehrenden Leistungen kann auch wegen der erst nach Erlassung eines Urteils fällig werdenden Leistungen Klage auf künftige Entrichtung erhoben werden". Der Sinn dieser Bestimmungen ist immer der gleiche: nicht vorbeugende Klagrechte ganz neuen Inhalts sollen gewährt werden, sondern die alten ausgleichenden Klagrechte des Inhalts, daß der andere zur Beseitigung der erfolgten Rechtsverletzung, namentlich zur nachträglichen Leistung verurteilt wird, sollen in einem früheren Zeitpunkt gewährt werden. Diese Auslegung wird durch die Entstehungsgeschichte bestätigt[10]). Die zweite Kommission zur Schaffung des BGB. verwies die §§ 257, 258, die ursprünglich in das BGB. aufgenommen werden sollten, in die ZPO. und bemerkte damals, diese Bestimmungen ließen sich mit § 702, jetzt § 794 ZPO. vergleichen, der dem Gläubiger die Möglichkeit gewähre, sich schon vor der Fälligkeit das Recht zur Zwangsvollstreckung wegen seines Anspruchs für den Tag der Fälligkeit dadurch zu sichern, daß er sich von dem Schuldner eine vollstreckbare Urkunde ausstellen lasse[11]). Auch § 259 ZPO. wurde damals in die Prozeßordnung eingefügt mit der Begründung, „der Gläubiger müsse auch dann, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt sei, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde, in die Lage versetzt werden, seine Rechte zeitig wahrzunehmen, daß die Zwangsvollstreckung, wenn nötig, mit dem Zeitpunkte der Fälligkeit beginnen könne"[12]).

§ 259 ZPO. darf also seinem ganzen Wesen nach keineswegs dazu gebraucht werden, um die Zahl der bürgerlichrechtlichen Ansprüche zu erweitern. § 259 ist eine rein zivilprozessuale Vorschrift und will dann, wenn ein materiellrechtlicher Anspruch schon gegeben ist, aber dessen zu-

10) So auch Eltzbacher, a. a. O., S. 88.
11) Prot. d. 2. Lesung d. BGB., Bd. 6, S. 756.
12) Sten. Ber. d. Reichst. 1897/98, Anlagebd. 1, S. 571.

künftige Realisierung den Umständen nach unsicher ist, den Gläubiger nicht zwingen, die Zeit bis zum Fälligkeitstermin nutzlos verstreichen zu lassen, sondern berechtigt ihn, noch vor Fälligkeit des Anspruchs Klage zu erheben. Aber ob ein Anspruch, den man vielleicht nach § 259 ZPO. geltend machen kann, auch tatsächlich nach materiellem Recht besteht, das entscheidet sich lediglich aus dem materiellen Recht. Wollte man mit Hellwig den § 259 auch als materiell-rechtliche Vorschrift ansehen, so gerät man unweigerlich in einen Widerspruch mit § 1004 BGB.; denn § 259 ZPO., im Hellwigschen Sinne ausgelegt, würde § 1004 BGB. abändern. Daß dies auch so ist, behauptet Hellwig auch[13]), weil die Bestimmung des § 259 ZPO. jünger sei als das Bürgerliche Gesetzbuch. § 259 ZPO. ist nun aber gleichzeitig mit dem BGB. in Kraft getreten[14]), außerdem entstammt er dem Schaffen ein- und derselben Gesetzgebungskommission; eine Abänderung des § 1004 BGB. ist daher nicht anzunehmen.

Sehr zweifelhaft ist es auch aus folgendem Grunde[15]), den § 259 ZPO., der die Klage auf künftige „Leistung" unter bestimmten Voraussetzungen zuläßt, auf alle Unterlassungsklagen zu beziehen. Zuzugeben ist, daß die Klage auf Unterlassung aus einem obligatorischen Recht unter § 259 ZPO. zu fassen ist; denn aus dem § 241 BGB. folgt, daß die Unterlassung unter den Begriff „Leistung" fällt. Nichts spricht dagegen, daß der Ausdruck „Leistung" im § 259 ZPO. nach dem Sprachgebrauch des BGB. auszulegen ist. Für die Ansprüche aus absoluten Rechten besteht im System des BGB. keine dem § 241 BGB. entsprechende allgemeine Rubrik; da demnach für sie keine hierauf bezügliche Definition der Leistung zu finden ist, ergibt sich, daß die ZPO., wenn sie den Begriff „Leistung" gebraucht, nur Schuldverhältnisse meint. Wollte man anderer Meinung sein, so hätte die ZPO. durch Gebrauch des Wortes „Anspruch" (§ 194 BGB.), der alle Arten von Rechte umfaßt, zum Ausdruck bringen können und müssen, daß sie im § 259 auch die Unterlassungsklage aus einem absoluten Recht mit umfassen wollte. Hellwig ist offenbar der Ansicht, aus § 259 sei unter allen Umständen eine allgemeine Unterlassungsklage zu entnehmen, weil andern-

13) Anspruch und Klagrecht, 388; Lehrbuch, I, S. 373.
14) RGRKomm. § 1004 Erl. 5; RG. 101, 340.
15) Siehe insbesondere Mannhardt, DJZ. 1919, S. 417.

falls eine Lücke im Gesetz bestehe. Von einer Lücke im Gesetz kann aber deswegen keine Rede sein; denn dadurch, daß man die Unterlassungsklage aus absolutem Recht nicht unter § 259 ZPO. fallen läßt, wird sie nicht ausgeschlossen; denn abgesehen davon, daß sie in zahlreichen Einzelvorschriften ausdrücklich angeordnet ist, kann sie auch auf Grund eines Analogieschlusses zulässig sein.

Stellt man nun die Frage, ob § 259 einen Rückschluß auf das materielle Recht gestattet, so ist festzustellen, daß für die Charakterisierung des Wesens der vorbeugenden Unterlassungsklage jeglicher Anhaltspunkt fehlt, höchstens käme ein Rückschluß auf die einzelnen Zulässigkeitsvoraussetzungen in Betracht, spezielle für die Frage, ob für die Zulässigkeit der vorbeugenden Unterlassungsklage eine schon erfolgte Beeinträchtigung notwendig ist oder die Besorgnis einer solchen genügt. Doch diese Frage soll an anderer Stelle Beachtung finden, das Wesen der vorbeugenden Unterlassungsklage zu ergründen, ist sie nicht geeignet. Also auch § 259 ZPO. kann nicht zur Lösung des Problems führen.

4. Andere Schriftsteller wollen die vorbeugende Unterlassungsklage als Ausfluß eines allgemeinen Persönlichkeitsrechtes charakterisieren; so stimmt Rosenthal[16]) unter Anerkennung des Persönlichkeitsrechtes dem von Kohler[17]) aufgestellten Satze zu: „Sobald ein das Persönlichkeitsrecht verletzendes Handeln vorliegt, entsteht für den Verletzten ein auf die Negative des Handelns gerichteter Anspruch (Unterlassungsanspruch)". Interessant sind insbesondere die Ausführungen Lobes[18]), auf die sich auch Rosenthal[19]) bezieht: „Aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ist der Rechtsschutz der Erwerbstätigkeit besonders herausgebildet worden durch Anerkennung eines ihre ungestörte Ausübung schützenden besonderen Ausschlußrechtes. Insbesondere ist im Wettbewerbsgesetz ein solch allgemeines Ausschlußrecht anerkannt. Damit ist zugleich bestätigt, daß ein einheitliches Persönlichkeitsrecht, ein absolutes Recht besteht, aus welchem die subjektiven Ausschlußrechte gegen jeden Störenden herfließen. Wird in sonstigen gesetzlichen Bestimmungen, z. B. im § 824, die

16) a. a. O., S. 4.
17) S. 276.
18) I, 183 ff.
19) a. a. O., S. 3.

Erwerbstätigkeit in vollem Umfange als Rechtsgut anerkannt, und wird gegen ihre schuldhafte Verletzung durch schädigende Nachrede der Schadensersatzanspruch gegeben, so ist auch die Ausdehnung des in einzelnen Fällen anerkannten Ausschlußrechts zum Schutze dieses Rechtsguts, das dann den Schutz des Persönlichkeitsguts durch ein Persönlichkeitsrecht begründet, im vollen Umfange zulässig. Dies steht der im BGB. herrschenden Auffassung nirgendwo entgegen. Wie nun der umfassendste und wirksamste Schutz gegen — auch bloß objektiv — widerrechtliche Störungen durch die §§ 823 Abs. 1 und 1004 BGB. gewährleistet wird, so ist die Annahme eines die persönliche Betätigung schützenden Persönlichkeitsrechts nicht nur von theoretischer, sondern auch von erheblicher wirtschaftlicher, praktischer Bedeutung". Lehmann hält[20]) die Annahme eines allgemeinen Rechts der Persönlichkeit, das unmittelbaren Klagschutz genießt, schon auf Grund des geltenden positiven Rechts für erlaubt und stimmt[21]) denen, die das Wesen der vorbeugenden Unterlassungsklage aus der Persönlichkeit heraus begründen wollen, voll zu; er betont aber, daß es eben immer nur einzelne bestimmte Störungsverbote sind, bei denen ein Monopolrecht oder ein Unterlassungsanspruch anerkannt ist; man dürfe keinesfalls davon ausgehen, daß durch jede absolute Norm ein Ausschlußrecht oder doch eine Rechtsstellung begründet werde, zu deren Schutz dem Begünstigten ein Klagrecht auf Unterlassung schlechtweg gewährt sei. Er geht[22]) von der Tatsache aus, daß der Gesetzgeber, soweit relative Normen in Frage stehen, sich für die grundsätzliche Gewährung des Anspruchs und Klagerechts entschieden hat, während er bei Statuierung der Unterlassungsansprüche auf Grund absoluter Verbote die Klagebefugnis stets als besondere Eigenschaft im einzelnen Fall verleiht[23]); er verlangt daher für die Existenz eines Unterlassungsanspruches, d. h. eines Rechtes auf die Unterlassung auf dem Gebiet der absoluten Normen jeweils besonderen Nachweis für die Charakterisierung der günstigen Stellung als Ausschlußrecht. Zweifelhaft könne immer nur sein, ob die Rechtsordnung im einzelnen Fall ein Ausschlußrecht verleihen wollte, oder ob eine analoge

20) Unt. Kl., S. 130.
21) a. a. O., S. 122.
22) a. a. O., S. 119.
23) a. A. Dernburg, (4) I, 285, § 124.

Anwendung der für einen einzelnen bestimmten Tatbestand gegebenen Normen auf verwandte Tatbestände erlaubt ist. In einer recht weitherzigen Gesetzesauslegung erkennt er schließlich ein zentrales allgemeines Recht der Persönlichkeit an. Selbiges begründet er aus der Antithese zwischen Abs. 1 und 2 des § 823 BGB. Die Technik des Gesetzes (Zusammenfassung der Rechtsgüter des Lebens, des Körpers usw. in Abs. 1 und die Gegenüberstellung der sonstigen rechtlich geschützten Interessen in Abs. 2) machen die Auslegung möglich, daß das allgemeine Persönlichkeitsrecht, wenn nicht an anderer Stelle, so doch gerade durch Abs. 1 nämlich durch die Zusammenstellung mit den übrigen absoluten Privatrechten gleichfalls als solches anerkannt worden sei. Er lehnt es ab, die aufgeführten Rechtsgüter als einzelne absolute Privatrechte zu erklären, er betont vielmehr, daß durch den Schutz der einzelnen Rechtsgüter nur ein einziges Interesse, das am Genuß der eigenen Person nach verschiedenen Richtungen rechtlich gesichert wird und zwar in einer Form, die dassselbe den übrigen anerkannten Privatrechten im Gegensatz zu sonstigen Rechtsgütern gleichstellt. Darin dürfe man einen Ausdruck dafür erblicken, daß das Gesetz dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht im Gegensatz zu den anderen, nach Abs. 2 geschützten Interessen den Charakter als Ausschlußrecht nicht vorenthalten wolle. Er trägt dabei keine Bedenken, ihm die nicht ausgesprochene Klagebefugnis auf Unterlassung als notwendige Konsequenz des Rechtscharakters zuzugestehen.

Allein die Konstruktion der vorbeugenden Unterlassungsklage als Klage aus dem Persönlichkeitsrecht kann nicht überzeugen. Salinger[24]) verwirft die Zuflucht zu dem nichtssagenden Persönlichkeitsrechte, mit dem man in den letzten anderthalb Jahrzehnten mit Vorliebe dann operiert, wenn es gilt, sich über das gesetzliche Recht hinwegzusetzen; auch Planck[25]) meint, „der Gedanke des Schutzes der Persönlichkeit oder umfasssender Persönlichkeitsrechte habe sich hier so wenig wie anderwärts in der Rechtsprechung durchgesetzt". Das Reichsgericht[26]) lehnt die Lehre von den Persönlichkeitsrechten als noch nicht zur Abklärung und Anerkennung gelangt ab; es betont, ein all-

24) Gruchot, 64, 271.
25) S. 1748.
26) RG. 51, 369 ff.; 69, 403 ff.

gemein subjektives Persönlichkeitsrecht ist dem geltenden bürgerlichen Rechte fremd; es gebe nur besondere, gesetzlich geregelte Persönlichkeitsrechte, wie das Namenrecht, das Warenzeichenrecht, das Recht am eigenen Bilde usw. Man wird nicht leugnen können, daß sich die im § 823 Abs. 1 aufgeführten Rechtsgüter unter den allgemeinen Rechtsgedanken des Schutzes der Persönlichkeit bringen lassen, es kann aber dieser Gedanke „lediglich als bloße Denkform zur Erfassung der im positiven Recht wirklich ausgesprochenen Rechtsfolgen[27])", unmöglich als Recht aufgefaßt werden. Nur der Gesetzgeber hätte dies machen können, was aber nicht geschehen ist. Wozu würde sich der Gesetzgeber bemühen, in zahlreichen Einzelvorschriften einzelne Persönlichkeitsrechte zu geben, wenn er ein allgemeines Persönlichkeitsrecht anerkennen würde? Lobe ist entgegenzuhalten, daß daraus, daß der Rechtsschutz der Erwerbsfähigkeit besonders herausgebildet ist, noch nicht zu folgern ist, es sei damit zugleich ein einheitliches Persönlichkeitsrecht bestätigt. Von einem Schluß a maiore ad minus kann keine Rede sein; ein Schluß a minore ad maius aber ist unzulässig.

Aber auch Lehmann, der zwar aus der Tatsache, daß das Interesse am Genuß der eigenen Person gegen verschiedene Arten der Beeinträchtigung geschützt ist, noch nicht den Rechtscharakter dieses geschützten Rechtes folgert, wohl aber aus der Antithese zwischen Absatz 1 und 2 des § 823 folgert, kann entgegengehalten werden, daß er die Rechtsgüter des Lebens usw. in Abs. 1 durch die Zusammenstellung mit den übrigen absoluten Rechten gleichfalls als solche anerkennt, und den sonstigen rechtlich geschützten Interessen in Abs. 2 gegenüberstellt, aber sich nicht scheut, die Ehre, die unzweifelhaft nicht nur durch Abs. 1 sondern durch Abs. 2 geschützt ist, unter das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu beziehen, obwohl sie im Abs. 2 verankert, nach seinen eigenen Ausführungen lediglich rechtlich geschütztes Interesse ist. Daß die Ehre weder zu den Lebensgütern noch zu den sonstigen Rechten des § 823 Abs. 1 BGB. gehört, weist auch das Reichsgericht (51, 374) überzeugend aus dem Wortlaut, dem Zusammenhang und der Entstehungsgeschichte dieser Gesetzesvorschrift nach.

27) Vgl. Lehmann, Unterlassungsklage, S. 120 und 128.

Mithin kann auch der Versuch, das Wesen der vorbeugenden Unterlasssungsklage aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zu ergründen, nicht überzeugen.

5. Interessant und lehrreich zugleich ist die Stellungnahme der Rechtsprechung. Schon bald nach Inkrafttreten des BGB. ergab sich ein lebhaftes Bedürfnis nach Gewährung einer Klage auf Unterlassung schädigender Handlung. Da nun hierzu der ausgleichende Rechtsschutz nicht ausreicht, stellte sich ein Bedürfnis nach vorbeugendem Rechtsschutz ein, der nicht an die Tatbestandsmerkmale, die der Gesetzgeber für die Schadensersatzpflicht aufgestellt hatte, gebunden sein sollte. Ohne daß die von der Wissenschaft aufgestellten Rechtslehren für oder gegen die Verallgemeinerung der Unterlassungsklage von den Gerichten zur Grundlage der Rechtsprechungspraxis gemacht wurden, gelangte insbesondere das Reichsgericht zu einer Rechtsprechung, die die vorbeugende Unterlassungsklage anerkannte. Einige Fälle sollen nun die Entwicklung der Praxis des Reichsgerichts beleuchten.

RG. 48, 114: Hier hatte die Beklagte zu Zwecken des Wettbewerbs dem Kläger eine ihn schädigende geschäftliche Maßnahme angedroht. Der sechste Zivilsenat des Reichsgerichts erachtete die erhobene Unterlassungsklage für zulässig, wenn das Verhalten des Beklagten als gegen § 823 oder § 826 BGB. verstoßend anzusehen sei, und stellte dabei für das geltende Recht den Satz auf, den es bereits in RG. 25, 247 und 38, 370 für das französische und badische Recht anerkannt hatte, „daß ein Unterlassungsanspruch da zu gewähren sei, wo ein unerlaubtes Verhalten bereits verwirklicht wurde und weitere Eingriffe zu besorgen sind.

RG. 60, 6: Kläger verlangt durch einstweilige Verfügung die Unterlassung der Weiterverbreitung eines vom Beklagten verfaßten Buches, das schädigende Behauptungen wider den Kläger im Sinne des § 824 BGB. enthielt. Das Reichsgericht verurteilte, obwohl tatsächlich angenommen war, daß der Beklagte die Unwahrheit seiner Behauptung nicht gekannt habe, aber hätte kennen müssen, und daß er an der Aufstellung seiner Behauptungen ein berechtigtes Interesse gehabt habe.

RG. 61, 366: Die Beklagten behaupteten in einem Lohnkampf, ihr Gegner, ein Fabrikant, habe ein seinen Arbeitern gegebenes Versprechen nicht gehalten. Die Be-

hauptung wurde durch ein Flugblatt öffentlich verbreitet unter Mitteilung einer Liste der Geschäfte, in denen Waren des Klägers (Fabrikant) verkauft wurden, verbunden mit der Aufforderung zum Boykott. Dem Unterlassungsbegehren wurde stattgegeben, da der Vorwurf des Wortbruchs von den Beklagten nicht als wahr erwiesen werden konnte.

Erwähnt sei noch die Klage des Apothekers gegen einen Drogisten auf Unterlassung des Verkaufs von Arzneiwaren, deren Verkauf den Apotheken vorbehalten war (RG. 77, 217). Diesen Entscheidungen sind weitere entsprechende gefolgt.

Die jeweiligen Entscheidungsgründe lassen Verschiedenheiten nicht verkennen. Hieraus erklären sich die Angriffe im Schrifttum gegen das Reichsgericht, dem man grundsätzliche Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung oder widersprechende Entscheidungen vorwirft. Der äußerst lebhaften Kritik wird zuzugeben sein, daß das Reichsgericht die Gedanken, die es für seine Rechtsprechung verwandte, nicht ganz durchdachte, zum mindesten in den Entscheidungsgründen nicht erschöpfend zum Ausdruck brachte, sondern sich darauf beschränkte, kasuistisch vorzugehen, ohne sich in der rechtlichen Auffassung ganz festzulegen. So erklärt es sich, daß in nachfolgenden Entscheidungen immer wieder neue Gesichtspunkte hervorgehoben werden, die den Vorwurf der Wandlung der Rechtsprechung begreiflich erscheinen lassen.

Beachtlich ist insbesondere die Begründung in RG. 48, 114. Diese Entscheidung lehnt sich stark an die positive Regelung des unlauteren Wettbewerbsgesetzes in der damals geltenden Fassung vom Jahre 1896 an[28]). Von einer actio quasi negatoria ist nicht die Rede, allerdings wird auf die Unterlassungsklage der §§ 12, 1004 BGB. hingewiesen; bemerkt wird, daß der Unterlassungsanspruch von §§ 823 oder 826 BGB. wenigstens da zu gewähren sei, wo ein unerlaubtes Verhalten bereits verwirklicht sei und weitere Eingriffe zu besorgen seien, wobei der Gesichtspunkt des § 249 BGB. hierfür abgelehnt wird. Bedeutsam ist der weitere Gedanke, daß das unlautere Wettbewerbsgesetz in mehreren Einzelbestimmungen die Unterlassungsklage gewähre, daß dieses Gesetz das Gebiet der unerlaubten Schädigungen nicht erschöpfend regele, daß insbeson-

28) So auch Flad, S. 362.

dere § 826 BGB. zur Ergänzung heranzuziehen sei: gegenüber Schädigungen durch unlauteren Wettbewerb, die nicht vom Gesetz von 1896 wohl aber von § 826 BGB. getroffen würden, erscheine die Gewährung einer Unterlassungsklage schon im Hinblick auf den inneren Zusammenhang und den gleichheitlichen Zweck der beiderseitigen Gesetze als gerechtfertigt. Ob für die rechtliche Konstruktion die Analogie der negativen Klage zu verwerten sei, bleibe dahingestellt: für diejenigen, welche den Gewerbebetrieb den Charakter eines subjektiven Rechts (Individualrechts) zuschreiben, ergebe sich allerdings die Zulässigkeit einer solchen quasinegatorischen Klage aus der absoluten Natur des Rechts.

Die Urteilsgründe von RG. 60, 6 und 61, 366 enthalten einen entscheidenden weitergehenden Gedanken, der später vielfach wiederkehrte: der Anspruch auf Unterlassung soll sich nicht auf das Gebiet der unerlaubten Handlung beschränken; jeder auch nur objektiv widerrechtliche Eingriff in ein vom Gesetz geschütztes Recht oder Rechtsgut berechtige zu einer quasinegatorischen Klage auf Unterlassung, wenn weitere Eingriffe zu befürchten seien. „Die Billigkeit mag erfordern, den Schadensersatz nur beim Vorhandensein eines Verschuldens anzuerkennen, es ist aber ein Gebot der Gerechtigkeit, daß auch ohne ein solches gegen die Wiederholung auch nur objektiv widerrechtlicher Eingriffe ein Schutz geben werde, damit der Zufügung weiteren Schadens vorgebeugt werde, dessen Ersatz sonst, wenn nicht nachträglich ein Verschulden hinzutreten sollte, ebenfalls nicht gefordert werden könnte. Seine gesetzliche Grundlage findet Schutz in der analogen Anwendung der Vorschriften der §§ 12, 864, 1004 BGB. Dem durch ein widerrechtlichen Eingriff in ein durch das Gesetz geschütztes Rechtsgut Betroffenen steht eine actio quasi negatoria zu, wenn weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind". Daraus wird zunächst nur für § 824 BGB. gefolgert, daß Kredit, Erwerb und Fortkommen einer Person vom Gesetz geschützte Rechtsgüter sind; gegen drohende künftige Verletzungen wird daher nach erfolgtem Eingriff Unterlassungsschutz gewährt. Mit Recht kennzeichnet Flad[29]) den rechtlichen Kern dieser analogen Gesetzesanwendung kurz folgendermaßen: „Das natürliche Korrelat der Unter-

29) a. a. O., S. 364.

lassungspflicht ist das Verbot ..... in der Festsetzung der Schadensersatzpflicht liegt das Verbot der schädigenden Handlung beschlossen. Diesem Verbot entfließt die Unterlassungspflicht. Die Frage ist, ob ihr ein Unterlassungsanspruch entspricht, d. h. die Befugnis des Geschützten, selbst die Unterlassung vom Verpflichteten zu fordern. Die unmittelbare Grundlage für die Annahme eines solchen Anspruchs fehlt, insofern kein subjektives Recht, das ein Störungsverbot in sich schließen könnte, vorliegt und in der Rechtsordnung an den Tatbestand der Handlung nur die Rechtsfolge des Schadensersatzanspruches anknüpft. Die prätorische Weiterbildung dieses Rechtszustandes, — wie sie sich aus den obigen Entscheidungen ergibt — besteht nun darin, daß jene absoluten Verbote, soweit sie in gewissen Tatbeständen des 25. Titels vorliegen, als ausreichende Grundlage des Unterlassungsanspruchs angesehen, insoweit den absoluten angenähert werden, und diesem Unterlasssungsanspruch Klagschutz gewährt wird. Wie der Träger eines absoluten Rechts soll der durch das absolute Verbot begünstigte gegen verbotswidrige Handlungen vorgehen können".

Diese Entscheidung wurde sehr stark bekämpft. Insbesondere glaubt Salinger[30]): „Das bürgerliche Recht kennt keinen allgemeinen Abwehranspruch bei bloß objektiv widerrechtlichem Eingriff in ein fremdes Recht. Selbst im Sachenrechte wird ein jeder derartige Fall einzeln geregelt. Hierdurch wird freilich die analoge Anwendung dieser Bestimmungen auf gleichartige Rechte nicht ausgeschlossen. Man hat mit Recht jene Abwehransprüche auch zum Schutze anderer absoluter Rechte gegeben. Die Aufstellung des allgemeinen Rechtssatzes, daß jedes gesetzlich geschützte Recht und Rechtsgut bei bloß objektiver Störung zur Unterlassungsklage berechtigt, ist aber keine analoge Gesetzesanwendung mehr".

Trotz der Angriffe blieb das Reichsgericht konsequent bei seiner Praxis, betonte aber als Einschränkung in RG. 77, 217, 222: „Die Unterlassungsklage soll durch das Vorhandensein eines Rechtsschutzbedürfnisses bedingt und daher regelmäßig ausgeschlossen sein, wenn die Handlung auf deren Unterlassung im Wege des Zivilprozesses geklagt wird, durch ein Strafgesetz unter öffentliche Strafe ge-

30) Gruch. 64, S. 267.

stellt ist". RG. 82, 60 hat auch dann, wenn auf eine unerlaubte Handlung zwar eine öffentliche Strafe angedroht ist, die Strafverfolgung aber nur im Wege der Privatklage vor sich geht, die Unterlassungsklage regelmäßig für unstatthaft, für zulässig nur dann erklärt, wenn der Kläger ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis für den einzelnen Fall dartut.

Die Anschauung des Reichsgerichts hat mehrfach Billigung gefunden. Andererseits wird sie auch lebhaft bekämpft[31]).

6. Es dürfte richtig sein, die vorbeugende Unterlassungsklage als eine actio quasi negatoria, d. h. als eine in Rechtsanalogie zu den §§ 12, 862, 1004 BGB. nachgebildete Klage aufzufassen. Die Erfahrung lehrt, daß die Rechtsfälle, bei deren Entsscheidung Analogieabschlüsse zu ziehen sind, meist schwierig zu entscheiden sind und in der Praxis der Gerichte vielfach nicht einheitlich entschieden werden; das erklärt auch die gegen das Reichsgericht erhobenen Angriffe, weil dieses durch die Zulasssung der vorbeugenden Unterlassungsklage angeblich eine kaum zu übersehende Verwirrung unter den Gerichten angerichtet habe[32]). Es wird später nachgewiesen werden, daß in dem Bestreben die vorbeugende Unterlassungsklage möglichst allgemein zuzulassen oder als rechtlich unzulässig zu verwerfen, die Grenzen der Analogie mitunter in den Hintergrund treten. Es soll daher bei der uns beschäftigenden Rechtsfrage dem Wesen der Analogie stets bewußt Rechnung getragen werden.

---

31) Dafür: vgl. Planck Bem. IV, 2 zu § 823; RGRKomm., Vorbem. 6 zu § 823; Enneccerus § 465; E. Jung in Iherings Jahrb., Bd. 69, S. 140; Flad, Iherings Jahrb., Bd. 34, S. 336, bis 381; OLG. Dresden, OLG., Bd. 2, S. 482 ff.; OLG. Celle, OLG., Bd. 5, S. 239 ff.; Bd. 14, S. 430 ff.; OLG. Hamburg, Recht 1903, S. 79 Nr. 321, 1904, S. 447 N. 1814; OLG. Dresden, 18. 5. 1906, Recht 1906, S. 1260 N. 3029 und DJZ. 1907, S. 1091 ff.; OLG. Karlsruhe, Recht 1906, S. 802 Nr. 1925; OLG. Köln, Recht 1906, S. 1194 ff., Nr. 2830; OLG. Frankfurt, Recht, 1906, S. 1195, Nr. 2831—2833; KG. Recht 1907, S. 378 ff., Nr. 757; Recht 1906, S. 1195, Nr. 2831—2833; OLG. Hamburg, OLG. Bd. 20, S. 258; OLG. Jena, Seuff. Arch., Bd. 35, Nr. 167; OLG. Breslau, OLG. Bd. 28, S. 272; OLG. Braunschweig, OLG. Bd. 28, S. 274 ff.; OLG. Hamburg, Bd. 32, 344, Kohler in Goltd. Arch., Bd. 47, S. 154. Dagegen: Salinger, Bd. 64, 263 ff.; Oertmann, Vorbem. 4 zu § 823; Biberfeld, in: Gruch. Beitr., Bd. 42, S. 372, 378, 387; OLG. Stuttgart, OLG. Bd. 27, S. 181 ff.

32) Vgl. Rosenthal, LZ. 7, 899; JW. 1914, 1059 ff.

Eltzbacher[33]) bemerkt sehr richtig, daß es an einer Methode der Analogie fehlt, obwohl sie das wichtigste Mittel zur Fortentwicklung des Rechts sei. Er bestimmt[34]) das Problem der Analogie dahin: „Wenn in der rechtlichen Regelung von Einzelfällen ein allgemeiner Grundsatz zur Erscheinung kommt, der über diese Einzelfälle hinausgreift, in welchem Umfange haben wir dann den allgemeinen Grundsatz zur Geltung zu bringen?" Es ist nun festzustellen, daß der Gesetzgeber vielfach bewußt einen allgemeinen Grundsatz nur in Anwendung auf einige Einzelfälle ausspricht; dann kann das dahin aufgefaßt werden, daß der Grundsatz auf den ausdrücklich geregelten Kreis von Einzelfällen beschränkt sein soll; aber nicht immer braucht man dies zu folgern; oft ist es so, daß der allgemeine Grundsatz trotzdem in vollem Umfang Recht sein soll; z. B. wenn die Gesetzgeber seine Tragweite nicht völlig übersahen und man der Wissenschaft die Entwicklung des Gedankens überließ.

Es dürfte Auslegungsfrage sein, welches der Geltungsbereich des Grundsatzes sein soll. „Für die Auslegung ist die Vernunft ausschlaggebend: Jedes Gesetz..... will so gelten, nicht wie die wirklichen Gesetzgeber seinen Inhalt aufgefaßt haben, sondern wie ihn ein vollkommener Gesetzgeber auffassen würde"[35]). Ueber die Auslegung der Frage, wie weit der Rechtsschutz ausgedehnt werden kann, ist aber weiterhin jeweils festzustellen, ob auch ein Bedürfnis für die weite Ausdehnung des Rechtsgedankens vorliegt, ob ein Rechtsschutz fehlen würde. Wenn kein rechtlicher Grund für die Ziehung des Analogieschlusses vorliegt, z. B. wenn ausdrückliche gesetzliche Vorschriften genügen, wäre ein Analogieschluß mangels eines Rechtsschutzbedürfnisses nicht zulässig. An sich liegt kein Grund vor, den Geltungsbereich des Grundsatzes bei teilweiser kasuistischer Regelung in seinem ganzen Umfange für ausgeschlosssen zu halten[36]): wenn daher als Sinn des Gesetzes sich ergibt, daß der Grundsatz in seinem ganzen Umfang Anwendung finden kann und ein Rechtsschutzbedürfnis für die Ziehung des Analogieschlusses vorliegt, dann ist eine Rechtsanwendung im Wege der Analogie

33) a. a. O., S. 91.
34) a. a. O., S. 91.
35) Eltzbacher, S. 91.
36) Vgl. Enneccerus, S. 772, 773, Anm. 13.

statthaft; soll hingegen die Anwendung des Gesetzes auf Einzelfälle beschränkt bleiben, so ist ein Hinausgehen über die Einzelfälle, ein Analogieschluß unzulässig. Damit sind die leitenden Gedanken für den Analogieschluß zum Ausdruck gebracht. Es ist mithin zu untersuchen:

1. ob die Analogie nicht durch abgeschlossene gesetzliche Regelung von vornherein ausgeschlossen ist,
2. ob ein Rechtsschutzbedürfnis vorliegt, einen Analogieschluß zum Zwecke der Ausfüllung einer Lücke im Gesetz zu ziehen,
3. welches der zur Analogie verwandte gesetzliche Grundgedanke ist.

Daraus, daß Unterlassungsklagen in zahlreichen Einzelfällen gewährt sind, kann an sich nicht mit Sicherheit gefolgert werden, daß der Gesetzgeber in anderen Fällen keinen Unterlassungsschutz gewähren will; im Gegenteil: die Vernunft verlangt es, daß eine möglichst weite Ausdehnung des Gedankens vorbeugenden Rechtsschutzes Platz greifen soll.

Planck[37]) bemerkt mit Recht, daß die Gewährung der vorbeugenden Unterlassungsklage einem unverkennbaren Rechtsbedürfnis entspringe[38]). Hier liegt der Schlüssel für die Lösung der Frage nach dem Wesen dieser Klage; denn, wie wir gesehen haben, ein Analogieschluß darf nur gezogen werden, wenn eine für die Entscheidung notwendige ausdrückliche gesetzliche Regelung fehlt. Daß nun zur vorbeugenden Unterlassungsklage ein sogar sehr starkes Rechtsschutzbedürfnis hinsichtlich einer Reihe gesetzlich geschützter Rechtsgüter, wie z. B. des Interesses am ungestörten Gewerbebetrieb, an einer ungeminderten Ehrenstellung usw. besteht, ist allgemeine Ansicht[39]).

Welches ist nun das höhere Prinzip, das die Gewährung der actio quasi negatoria rechtfertigt?

Wird das geltende Privatrecht systematisch dargestellt, so werden die für bestimmte Rechtskategorien gemeinsam geltenden Rechtsprinzipien zur Darstellung gebracht; im Anschluß daran pflegt man bei den einzelnen Rechtsin-

37) a. a. O., S. 1741.
38) RGRKomm., Vorbem. zu § 823 6, III, (S. 547).
39) Vgl. Enneccerus, a. a. O., S. 771; daß von einer herrschenden Ansicht gesprochen werden kann, wird näher bei der ausführlichen Behandlung des Erfordernisses des Rechtsschutzbedürfnisses ausgeführt werden.

stituten deren Besonderheiten zu behandeln. Auch die Gesetzbücher folgen im allgemeinen diesem Aufbau. Freilich kommt es auch vor, daß manche allgemeinen Rechtsgedanken nicht als solche vorangestellt sind, sondern nur als Spezialvorschriften bei den einzelnen Rechtseinrichtungen behandelt werden. Hier hat die Wissenschaft alsdann die Aufgabe, für bessere Uebersicht und für Klärung des inneren Zusammenhanges zu sorgen; hier ist es Aufgabe der Wissenschaft, die gleichsam verborgenen Rechtsgedanken in den Gesetzesgedanken zu sichten und zu sondern und auch in der Rechtsprechung herauszuarbeiten. Wollte man so vorgehen, so würde man in einem das gesamte Privatrecht umfassenden systematischen Werk jeweils bei der Charakterisierung der einzelnen Gruppen von Rechten, z. B. bei der Behandlung der absoluten Rechte, eine Reihe sich deckender Merkmale, gewiß auch einheitliche Rechtsgedanken, anführen können. Entsprechend den geschilderten Grundsätzen würde man (bei den absoluten Rechten z. B.) eine Begriffserklärung vornehmen und die Arten und Rechtsgüter, die gegen jedermann geschützt sind, aufzählen; schließlich würde der Inhalt und die prozessuale Seite dieser Rechte behandelt werden. Dabei würde nun ein allen Monopolrechten gemeinsames Merkmal, das mehr und mehr in der Literatur hervorgehoben wird[40]), seinen Platz finden, nämlich die Tatsache, daß jedes absolute Recht in der Weise verfolgbar ist, daß eine Klage auf Unterlassung gewährt ist, die gegen zu besorgende künftige Ein- und Uebergriffe gerichtet ist.

Zum Zwecke der Feststellung der Reichweite des Unterlassungsschutzes ist es unerläßlich, eine Betrachtung über die Hauptformen der Verbote zum Schutze fremder Interessen anzustellen. Es stellt sich hierbei heraus: Die Gewährung eines Monopolrechtes an jemanden birgt in sich ein Verbot an alle anderen, ihn zu stören und ihm durch Eingriffe einen Schaden zuzufügen; damit sind die Interessen, die durch das Verbot geschützt werden, als rechtliche Interessen, als Rechtsgüter anerkannt. Ebenso steht fest, daß eine gesetzliche Bestimmung, die an ein schuldhaftes Verhalten eine Schadensersatzpflicht knüpft, zugleich stillschweigend sagen will, daß die in Frage stehende Handlung verboten sein soll[41]) und die zugrunde liegenden In-

40) Anderer Ansicht: Mannhardt, DJZ. 1903, S. 416.
41) Enneccerus, S. 771, 2 und Anm. 9.

teressen als Rechtsgut anerkannt sind. Das gleiche gilt auch von der Vorschrift, welche eine schuldhafte Handlung mit Strafe bedroht (Binding), da aber für die Unterlassungsklage nur diejenigen Strafdrohungen in Betracht kommen, weche den Zweck haben, einem anderen Schutz zu gewähren, die schuldhafte Uebertretung solcher Schutzgesetze aber nach § 823 Abs. 2 BGB. auch eine Schadensersatzpflicht erzeugt, so braucht auf das in der Strafdrohung liegende Verbot hier nicht besonders eingegangen zu werden. Meist wird die schuldhafte Handlung, an die das Gesetz eine Schadensersatzpflicht knüpft, schon ohnehin verboten sein. Auch Planck[42]) meint: „Indem das BGB. an die schuldhaft widerrechtliche Schädigung die Schadensersatzpflicht anknüpft, gibt es zu erkennen, daß jene verboten, eine unerlaubte Handlung ist, — gleich wie der störende oder schädigende Eingriff in ein absolutes Recht".

Zusammenfassend ist festzustellen: Sucht man aus den Paragraphen, in denen das Gesetz die Unterlassungsklage auf Grund absoluten Rechts (z. B. §§ 12, 862, 1004 BGB.) zuläßt, den zugrunde liegenden Rechtsgedanken, so findet man folgenden Grundgedanken: Für einen wirksamen Schutz der absoluten Rechte reicht es nicht aus, die Rechtsverletzung abzuwarten und sodann eine Wiederherstellung des früheren Zustandes durch Beseitigungs- und Schadensersatzklage herzustellen; es besteht infolgedessen ein Rechtsschutzbedürfnis nach einer Klage auf Unterlassung widerrechtlicher Beeinträchtigung eines Rechts oder eines Rechtsguts und zwar dann, wenn eine solche Beeinträchtigung bereits erfolgt ist und Wiederholung droht[43]). Die von der Rechtsprechung unternommene Weiterbildung besteht darin, daß die oben erwähnten Verbote, soweit sie in gewissen Tatbeständen des 25. Titels vorliegen, als ausreichende Grundlage des Unterlassungsanspruchs angesehen, insoweit den absoluten Rechten „angenähert" und diesem Unterlassungsanspruch Klagschutz gewährt wird[44]). So wie der Träger eines absoluten Rechts, das aus irgend einem absoluten Rechtsgut z. B. Eigentum namens Recht entspringt, geschützt ist, so soll auch der durch jenes Verbot Begünstigte gegen Handlungen, die einen Eingriff in die

42) a. a. O., S. 1741.
43) Staub, HGB. § 346, Anh. Anm. 13.
44) Vgl. Flad, S. 364 ff.; Planck, S. 1749; Enneccerus, S. 712 und Anm. 13.

absoluten Rechtsgüter, die den §§ 823 ff. BGB. zugrunde liegen, z. B. Leben, Gesundheit, Freiheit, Kredit, Ehre usw. zuwiderlaufen, mit einer Unterlassungsklage vorgehen können. Man kann sich m. E. nicht mit dem Reichsgericht und Planck damit begnügen, von einer Annäherung der in den §§ 823 ff. BGB. enthaltenen Verbotsnormen an die absoluten Rechte zu sprechen, denn dann hätte Oertmann[45]) Recht, daß die Ausdehnung der Unterlassungsklage auf bloße gesetzlich geschützte Rechtsgüter das vielleicht wertvollste Ergebnis der gesamten Privatrechtswissenschaft, den scharfen Gegensatz absoluter und relativer Rechte aufgibt. Es muß schon klar entschieden werden, ob der vorbeugende Unterlassungsanspruch ein absolutes oder nur relatives Recht darstellt. Der Gedanke, daß die durch §§ 823 ff. BGB. geschützten Rechtsgüter im 25. Titel enthalten sind, kann keineswegs dazu führen, sämtliche aus ihnen fließende Ansprüche zu relativen zu stempeln; vielmehr muß betont werden, daß die vom Gesetz ausdrücklich anerkannten vorbeugenden Unterlassungsansprüche z. B. §§ 12, 1004 BGB. dinglichen Charakters sind, und daß ein genau entsprechender Anspruch bei der actio quasi negatoria gewährt werden soll. Es bestehen daher keine Bedenken, die actio quasi negatoria als eine Klage aus absolutem Recht anzusehen[46]).

IV. Die einzelnen Voraussetzungen der actio quasi negatoria.

Man könnte meinen, daß für die actio quasi negatoria dieselben Voraussetzungen gelten wie für die actio negatoria selbst, doch würde man hierbei übersehen, daß die vorbeugende Unterlassungsklage nur eine actio quasi negatoria ist, daß es daher notwendig ist, bei der Feststellung der Voraussetzungen für die Gewährung der vorbeugenden Unterlassungsklage die rechtlichen Gedanken zu berücksichtigen, die den Analogieschluß erlauben. Daher können sich die einzelnen Tatbestandsmerkmale nur aus dem Wesen der vorbeugenden Unterlassungsklage als einer actio quasi negatoria ergeben.

1. Da die vorbeugende Unterlassungsklage eine auf Grund eines Analogieschlusses gebildete Klage ist, infolge-

45) Vorbem. 4 zu § 823.
46) Anderer Ansicht: RGRKomm., Vorbem. zu § 823, III, S. 546 unten.

dessen ein anderer Rechtsschutz nicht genügen darf, d. h. Grund vorliegen muß, einen Analogieschluß zu ziehen, ist erste Voraussetzung das Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses. Aus diesem Grunde lassen Reichsgerichtsräte-Kommentar I, 775 und im Anschluß daran Neukamp[47]) die quasi-negatorische Klage nur dann zu, „wenn im Einzelfalle der Schadensersatz für die begangene unerlaubte Handlung nicht ausreicht, das angegriffene Rechtsgut für die Zukunft gegen ernstlich drohende Beeinträchtigungen gleicher Art zu schützen und ein anderer gesetzlicher Schutz nicht gegeben ist".

Es gibt Fälle, in denen auch nach Meinung der Schriftsteller, die die Zulässigkeit der vorbeugenden Unterlassungsklage ablehnen, ein Rechtsschutzbedürfnis besteht. So z. B. gibt Salinger[48]) zu, daß dann ein geradezu rechtloser Zustand eintritt, wenn bei einer üblen Nachrede, mag es sich um eine ehrverletzende oder eine wirtschaftlich schädigende handeln, festgestellt wird, daß die Mitteilung zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht worden ist; denn in diesem Falle ist, wenn man von der nicht ausreichenden Sonderbestimmung des § 14 u. W. G. absieht, die üble Nachrede weder strafbar, noch zivilrechtlich verfolgbar. Abschließend stellt auch Salinger fest, daß die Unmöglichkeit für den Verletzten, in einem solchen Falle die Unwahrheit der gegen ihn aufgestellten Behauptung in einem gerichtlichen Verfahren feststellen zu lassen, in der Tat ein unerträglicher Rechtszustand ist.

An dieser Stelle sei noch die Rede von der Frage, die in RG. 60, 7 aufgeworfen ist, ob eventl. aus § 824 BGB. doch direkt eine Unterlassungsklage zu bejahen sei. Man könnte nämlich meinen, daß § 824 BGB. bloß die Schadensersatzpflicht verneint, im übrigen dennoch das Vorliegen einer unerlaubten Handlung anerkennt, weswegen als schuldrechtliche Folge immer noch eine Unterlassungsklage zulässig sein könnte. Mit dem Reichsgericht und Salinger[49]) aber ist dieser Ausweg abzulehnen, denn § 824 bestimmt klar nicht mehr und nicht weniger, daß gemäß Abs. 1 ein bestimmter Tatbestand die Verpflichtung zum Schadensersatz begründet, und daß ein anderer Tatbestand eine solche Verpflichtung nicht begründet. Es kommt hinzu, daß

47) JW. 1915, S. 113 ff.
48) a. a. O., S. 281.
49) a. a. O., S. 281.

die Bestimmung des § 824 Abs. 2 im wesentlichen dem Einwand aus § 193 StGB. entspricht, so daß ebensowenig, wie nach dieser Bestimmung im Falle der Wahrnehmung berechtigter Interessen überhaupt eine Beleidigung vorhanden ist, folgerichtig in dem gleichen Falle ebensowenig von einer unerlaubten Handlung im Sinne des § 824 BGB. gesprochen werden kann. Mit Recht hat das Reichsgericht in 95, 339 und in den daselbst zit. Urteilen sowohl für den § 193 StGB. als auch für den § 824, 2 BGB. ausgeführt, daß die Wahrnehmung berechtigter Interessen die Widerrechtlichkeit des Handelns ausschließt und die Aeußerung überhaupt als rechtmäßig anzusehen ist. Es ist daher unzweifelhaft, daß in diesem Falle ein sehr starkes Rechtsschutzbedürfnis festzustellen ist. Auf der anderen Seite gibt es Fälle, in denen mangels dieses Interesses für die vorbeugende Unterlassungsklage kein Platz ist, z. B. ist offensichtlich eine Klage gegen die Ausübung öffentlicher Rechte oder Pflichten[50]) z. B. gegen eine Strafanzeige (88, 131) unzulässig. Auch hier kann evtl. ein Rechtsschutzinteresse bejaht werden, also die vorbeugende Unterlassungsklage zulässig sein, wenn ein öffentlicher Beamter mit Ueberschreitung seiner Amtsgewalt widerrechtlich einen Geschäftsmann öffentlich durch Warnung kompromittiert[51]), obgleich sich hier die Haftung nicht aus § 823, sondern aus § 839 BGB. ergibt[52]). In vielen Fällen aber ist es naturgemäß zweifelhaft, ob ein Rechtsschutzbedürfnis vorliegen mag oder nicht. Hier wäre an sich zu prüfen, ob ein solches vorliegt, wenn die Handlung, die man abwehren will, unter öffentliche Strafe gestellt ist; doch dieses Problem, das Hauptproblem dieser Arbeit, soll am Schluß nach Erörterung sämtlicher Voraussetzungen der vorbeugenden Unterlassungsklage als ein besonderer Fall dieser Klage gesondert (im zweiten Teil!) behandelt werden.

Aus dem insbesondere vom Reichsgericht als Einschränkung für die allgemeine Zulässigkeit der Unterlassungsklage aufgestellten Erfordernis des Rechtsschutzbedürfnisses erklären sich als unliebsame und gefährliche Begleiterscheinungen die Unübersichtlichkeit, die Uneinheitlichkeit und Zerrissenheit der Rechtsprechung; denn die Entscheidung dieser Ermessensfrage ist naturgemäß bei der

50) RG. 78, 210; JW. 1912, 587, 7; 290, 11.
51) Vgl. die Fälle JW. 1908, 653, 2; 101, 24.
52) RG. 100, 284; 94, 103.

unerschöpflichen Mannigfaltigkeit des Lebens sowie angesichts der großen Zahl der sich aus dem Gesetz ergebenden Rechtslagen recht schwierig und kann, leicht je nach individueller Anschauung und Volksart verschieden ausfallen. Doch solche schwierigen Rechtsfragen finden sich auch anderweitig im Gesetz z. B. im § 256 ZPO.: „Wer ein rechtliches Interesse hat“[53]) und kein Mensch denkt hier daran, die entsprechenden Rechtsbestimmungen als unerhört und unmöglich hinzustellen.

Dieser Schattenseite gegenüber stehen die Lichtseiten; denn die Befriedigung des unzweifelhaft bestehenden Rechtsschutzverhältnisses entspricht dem wahren Volksempfinden und Verkehrsbedürfnis; da das Erfordernis des Rechtsschutzbedürfnisses die Grundvoraussetzung der actio quasi negatoria ist, führt es in der Tat zu einer Rechtsprechung, die einen Markstein auf dem Wege richterlicher Rechtsfindung darstellt[54]) und als Triumpf zweckentsprechender Rechtsverfolgung[55]) anzusprechen ist. Das Rechtsschutzbedürfnis als Zulässigkeitsvoraussetzung für die vorbeugende Unterlassungsklage wird insbesondere von Salinger[56]) bekämpft. Er führt aus: „Die Aufstellung dieser Voraussetzung ist deshalb rechtsirrtümlich und ein höchst gefährliches Präjudiz für unseren ganzen Zivilprozeß, weil dadurch die Frage, ob für einen erhobenen Klaganspruch ein Rechtsschutzbedürfnis besteht, der Beurteilung des Gerichts unterworfen ist. Es ist schlechthin nicht einzusehen, weshalb nur in einem Prozesse über einen Unterlassungsanspruch und nicht auch in jedem anderen Falle festzustellen ist nicht bloß, ob der erhobene Klaganspruch in den bestehenden Gesetzen seine Begründung findet, sondern auch noch zu prüfen ist, ob nach den Umständen des Falles für ihn ein Rechtsschutzbedürfnis vorhanden ist. Diese Frage geht nur den Gesetzgeber an, der durch jedes Gesetz ein Rechtsschutzbedürfnis bejaht und befriedigt habe. Die Aufgabe der Richter ist lediglich die Durchführung der Rechtsansprüche. Die Frage des Rechtsschutzbedürfnisses der Gesetzanwendung zu überlassen, hieße bei dem weiten Spielraume, die diese Entscheidung naturgemäß dem

53) Vgl. Flad, S. 371.
54) Vgl. JW. 1919, 722 Anm.
55) Rosenthal, Komm. z. u. W. G. 57, Unterlassungsklage, Vorwort, S. 4.
56) a. a. O., S 275.

subjektiven Ermessen läßt, den Bestand unseres ganzen Gesetzesrechtes in Frage stellen. Ebensowenig wie das Gericht in der Lage ist, einen durch das Gesetz nicht gegebenen Anspruch anzuerkennen, weil für ihn nach seiner Auffassung ein Rechtsschutzbedürfnis besteht, kann davon die Rede sein, daß es einem durch das Gesetz gewährten Anspruche die Anerkennung versagen darf, weil nach seiner Auffassung für die Geltendmachung des Anspruches ein Rechtsschutzbedürfnis fehle. Es kann sich hiernach nur fragen, ob der Unterlassungsanspruch im Gesetz begründet ist oder nicht; ist er im Gesetze begründet, dann ist seine Geltendmachung davon unabhängig, ob für ihn ein Rechtsschutzbedürfnis besteht oder nicht".

Hierzu ist zu sagen, daß diejenigen, die die vorbeugende Unterlassungsklage mit der Einschränkung des Rechtsschutzbedürfnisses anerkennen, sie ohne das Rechtsschutzbedürfnis n i c h t anerkennen, sondern erst dann im Gesetz begründet sehen, wenn ein Rechtsschutzbedürfnis den Analogieschluß der actio quasi negatoria heraus fordert. Die ganze Fragestellung Salingers erscheint also rechtsirrtümlich.

Manche Schriftsteller[57]) sind der Ansicht, daß sich die Frage des Rechtsschutzbedürfnisses restlos in der unten als vierte Voraussetzung der vorbeugenden Unterlassungsklage behandelten Frage der Wiederholungsgefahr erschöpfe; sie stellen den Satz auf: Das Rechtsschutzbedürfnis ist bei einer Wiederholungsgefahr stets zu bejahen. Zuzugeben ist, daß mangels einer Wiederholungsgefahr von einem Rechtsschutzbedürfnis keine Rede sein kann, dennoch erschöpft sich die Frage des Rechtsschutzbedürfnisses nicht in der Frage der Wiederholungsgefahr; im Gegenteil: eine scharfe Scheidung jener beiden Begriffe ist unerläßlich. Für uns ist die Frage des Rechtsschutzbedürfnisses Begründungsmoment für die Klage, d. h. da ein Betroffener mangels ausdrücklichen Rechtsschutzes weiteren Angriffen schutzlos ausgesetzt wäre, besteht das Verlangen, ihm dennoch einen Rechtsschutz zu gewähren; das vorhandene Rechtsschutzbedürfnis rechtfertigt dann die richterliche analoge Anwendung ausdrücklich gewährten Rechtsschutzes. Die Frage nach dem Rechtsschutzbedürfnis ist mithin reine Rechtsfrage.

---

57) Enneccerus, S. 690; Rosenthal, a. a. O., S. 10/11; OLG. Kiel in L. Z. 1916, 347.

Die Frage der Wiederholungsgefahr hingegen ist lediglich Tatfrage, ist die Frage nach der Wahrscheinlichkeit, ob der Angreifer sein rechtswidriges Vorhaben fortsetzen werde; an dieses Merkmal kann der Richter durch gesetzliche Beweisregeln gebunden sein.

2. Als zweite Voraussetzung ist notwendig, daß ein Eingriff in ein Recht stattgefunden haben muß. Die ältere Rechtsprechung verlangte für die Gewährung der Unterlassungsklage den vollen Tatbestand eines bereits geschehenen rechtswidrigen Eingriffs. Daher kam eine Unterlassungsklage zur Verhütung einer nicht einmal teilweise verwirklichten, künftigen unsittlichen oder sonst unerlaubten Handlung selbst dann nicht in Frage, wenn die drohende Handlung einem Verbots- oder Strafgesetz zuwiderlaufen sollte, wie die Bedrohung mit verleumderischer Beleidigung[58]).

Wie schon oben ausgeführt wurde, ist die Rechtsprechung heute anderer Ansicht, die schon dadurch vorbereitet wurde, daß die Unterlassungsklage, wie dies heute allgemein anerkannt wird, nicht zu versagen ist, wenn das mit einer Klage zu bekämpfende Verhalten des Beklagten schon begonnen hat und die Fortsetzung ohne das zu erstrebende Verbot in Aussicht steht, wie bei Angriffen durch die Presse, Anschlag von Plakaten, Verbreitung von Pamphleten[59]), auch durch Irreführung der Oeffentlichkeit durch geschickte Nachahmung einer Warenausstattung[60]).

Es muß als vollendeter Rechtseingriff angesehen werden, wenn eine an sich schon strafbare Drohung vorliegt (§ 241 StGB.); aber es ist nicht stets erforderlich, daß der Rechtseingriff schon erfolgt sein muß[61]). So wie im § 259 ZPO. bei der obligatorischen Unterlassungsklage die tatsächlich begründete Besorgnis, daß sich der Schuldner seiner

58) RG. 77, 217; 82, 59; 88, 130; 91, 268.
59) RG. 60, 20 und 12; 56, 271; 91, 267; 88, 130; JW. 1914, 83, 14.
60) Warn. Rspr. 1921, Nr. 29.
61) A. A. Lobe, a. a. O., S. 337: Er verlangt (bei der Unterlassungsklage zum Schutze des gewerbl. Betätigungsrechts) stets vollendete Rechtsverletzungen; bevorstehende genügen ihm nicht. Die Ansicht führt aber praktisch zum selben Ergebnis, weil nach Lobe die Drohung mit einer unerlaubten Handlung selbst eine Beeinträchtigung des in Frage stehenden Rechts herbeiführen kann, indem sie auf den freien Willen einwirkt und dann eine vollendete Rechtsverletzung vorliegt.

Zahlungspflicht entziehen werde, ausreicht, so genügt auch hier die tatsächlich begründete Besorgnis künftiger rechtswidriger Eingriffe[62]) oder ein erheblicher Anlaß zur Besorgnis einer solchen Gefährdung[63]). Freilich wird, damit man sich nicht im Uferlosen verliert, folgende Grenze beachtet werden müssen: Die Bedrohung muß stets von solchen Anstalten begleitet sein, daß der Anfang einer Ausführung schon in ernsthaften Vorbereitungen verwirklicht erscheint, also, um mit dem Reichsgericht zu reden[64]), ein Anfang der Ausführung vorliegt, so daß leere Drohungen oder solche, denen man den Mangel der Ernstlichkeit ansicht, nicht ausreichen. Die Hauptrolle spielen hier die näheren Umstände[65]).

Der vom Gesetz ausdrücklich anerkannte Hauptfall der absoluten Unterlassungsklage ist die Eigentumsfreiheitsklage des § 1004 BGB. Das Gesetz selbst gewährt ferner einen Unterlassungsanspruch in den Vorschriften der §§ 12, 550, 577, 581, 862, 1004, 1017, 1027, 1029, 1053, 1065; 1068; 1090, 1134, 1192, 1227, ferner ist in §§ 37 HGB. und in den §§ 1, 3, 6, 8, 10—13, 14, 16 u. W. G. ein Unterlassungsanspruch vorgesehen. Darüber hinaus ist es zweifellos rechtens, daß alle dinglichen Rechte durch entsprechende Anwendung der angezogenen Bestimmungen durch Unterlassungsklagen geschützt sind[66]). Neukamp[67]), der in der Gewährung des Unterlassungsanspruchs für alle sog. absoluten Rechte nicht eine erst im Wege der „Lückenausfüllung" erfolgte Weiterbildung des Rechts, sondern vielmehr nur eine Ausdehnung des ursprünglich nur für körperliche Sachen ausgebildeten Eigentumsbegriffs auf die „Geistigen Sachen" erblickt, kann nicht zugestimmt werden. In Anerkennung des Verkehrsbedürfnisses ist mit dem Reichsgericht grundsätzlich anzunehmen, daß über den Kreis absoluter Rechte hinaus jeder Eingriff in ein vom Gesetz geschütztes Gut, soweit weitere Uebergriffe zu befürchten sind, die Unterlassungsklage erzeugt; daß dieser Gedanken-

62) RG. 104, 379.
63) RG. 101, 138; 95, 306.
64) RG. 101, 340.
65) Ueber ernste Fälle vgl. die reichhaltige Literatur insbes. RG. 61, 316; L. Z. 1924, 34, 3, RG. 101, 341; JW. 1915, 327, 4; 1908, 133, 1; 1905 174, 15; 1899, 238, 43; RGRKomm. § 1004, Erl. 1007.
66) RGRKomm., Vorbem. zu § 823, 6, I.
67) JW. 1915, 115.

schluß zulässig ist, ergibt sich, wie oben gezeigt wurde, aus dem einheitlichen Rechtsprinzip, der all solchen Fällen zugrunde liegt.

Es ist nun festzustellen, welche Güter des Schutzes der actio quasi negatoria teilhaftig sind. Oertmann[68]) behauptet, eine Unteraslsungsklage sei überall begründet, wo die Verletzung eines Rechts, nicht auch dort wo die Verletzung eines Rechtsgutes, wie z. B. der Ehre oder des Kredits vorliegen und weitere Beeinträchtigungen zu besorgen seien. M. E. können die Rechtsgüter nicht ausgeschieden werden. Es erscheint nicht richtig, nunmehr kasuistisch die verschiedenen Rechtsgüter aufzuzählen. Richtig kann es nur sein als Regel aufzustellen, daß alle in den §§ 823 ff. BGB. geschützten Rechte und Rechtsgüter des vorbeugenden Unterlassungsschutzes teilhaftig sind, sofern nur der der actio quasi negatoria zugrundeliegende Rechtsgedanke vorliegt, oder anders ausgedrückt, die übrigen Voraussetzungen gegeben sind, insbesondere ein Rechtsschutzbedürfnis besteht. Daher ist dem Reichsgericht[69]) beizupflichten, wenn es die Erweiterung der abwehrenden Unterlassungsklage auf die in den Vorschriften über die unerlaubten Handlungen geschützten Rechtsgüter und rechtlichen Interessen nicht auf die in den §§ 823 Abs. 1 und 824 aufgeführten Rechtsgüter, sondern meint: „sie muß auch da Platz greifen, wo es sich um den durch ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 vermittelten Schutzes eines Rechtsgutes handelt. Daher ist insbesondere auch die Ehre der Person, soweit sie durch die Schutzgesetze der §§ 185 ff. StGB. geschützt ist, durch die Unterlassungsklage geschützt. Durch § 823 Abs. 1 sind insbesondere Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit und der Sammelbegriff der sonstigen absoluten Rechtsgüter geschützt; ebenso verhält es sich mit dem gleichfalls nicht hervorgehobenen Begriff des Vermögens[70]). Dieses ist geschütztes Rechtsgut, soweit es durch § 263 StGB. oder andere Strafgesetze besonderen rechtlichen Schutz genießt[71]), sowie auch als Gegenstand einer Schädigung wider die guten Sitten nach § 826[72]). Sein Vermögen ist in der Vorstellung eines Kaufmanns

68) DJW., Bl. 9, S. 616/23.
69) RG. 82, 59 ff.
70) RG. 76, 48.
71) Vgl. RG. 91, 350; Warn. Rspr. 1918, Nr. 95.
72) Vgl. RGRKomm., Vorbem. zu § 823, 6, III, S. 547.

sein Handelsgeschäft, bei einem Gewerbetreibenden der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb. Soll z. B. eine Beeinträchtigung des Absatzes vereitelt werden, so kann ein Unterlassungsschutz nur mit Hilfe der §§ 823,2, 824 und 826 BGB. in Frage kommen. Bemerkt sei hierzu, daß hier mitunter Verschulden notwendig ist, nämlich wenn der Rechtsangriff ein unsittliches Verhalten darstellt, weil dann ohne Verschulden ein Verstoß gegen die guten Sitten nicht vorliegen kann.

Es ist Enneccerus[73]) zuzustimmen, daß durch die Gewährung der Unterlassungsklage ein bis dahin unabhängig vom Willen des Begünstigten geschütztes Rechtsgut praktisch zum subjektiven Recht erhoben wird. „Unterscheidet sich das subjektive Privatrecht doch gerade dadurch von der durch eine Rechtsvorschrift hergestellten bloß günstigen Lage einer bestimmten Person (einem Rechtsgut), daß der Schutz dieser günstigen Lage vom Willen des Begünstigten abhängig ist, daß dieser die zu seinen Gunsten erlassenen Rechtsbefehle nach seinem Belieben — und zwar vornehmlich durch Klage — geltend machen kann"[74]). Daraus aber können m. E. rechtspolitische Bedenken nicht hergeleitet werden; denn die Erhebung verschiedener Rechtsgüter zu subjektiven Rechten ist nicht gleichbedeutend mit einer allgemeinen Aufhebung des Gegensatzes zwischen Rechtsgut und Recht; Enneccerus gibt selbst zu, daß „der Gegensatz zwischen Rechtsgut und subjektivem Recht auch nur zugunsten dieser (d. h. der in §§ 823 ff. BGB. enthaltenen) bestimmten Rechtsgüter praktisch bedeutungslos wird. Will man Analogieschlüsse nicht ganz verbieten, dann muß man schon die Erhebung eines Rechtsgutes zum Recht dulden; denn darin besteht in den meisten Fällen die Fortbildung des Rechts. Uebrigens würden die von Enneccerus vorgebrachten rechtspolitischen Bedenken auch bei seiner im Wege der Einzelanalogie konstruierten Unterlassungsklage bestehen; da nun tatsächlich die Unterlassungsklage nur zugunsten einzelner bestimmter, dieses Schutzes bedürftiger Interessen angestellt wird, das Reichsgericht auch nicht weiter geht, kann nicht behauptet werden, die Gefahr unnötiger Unterlassungsklagen werde heraufbeschworen[75]).

73) S. 771 ff., insbes. 773.
74) Vgl. Enneccerus, § 242, S. 772.
75) Vgl. Enneccerus, S. 773.

Widerrechtlich muß der Eingriff ferner sein. Widerrechtlich handelt, was die Unterlassungsklage anlangt, derjenige, der objektiv widerrechtlich handelt, d. h. gegen ein gesetzliches Gebot oder Verbot durch Tun, oder der da, wo er handeln sollte, durch Unterlassung verstößt; d. h. auf ein Verschulden kommt es nicht an; daher ist die Unterlassungsklage auch gegen einen Geisteskranken zulässig[76]). Will und kann der Kläger nach § 249 BGB. restitutorisch (wiederherstellend) Unterlassung begehren, dann muß der Beklagte schuldhaft gehandelt haben, muß der subjektive Tatbestand erfüllt sein; dieser kann selbstverständlich bei dem vorangegangenen Eingriff auch erfüllt sein, wenn der Kläger eine vorbeugende Unterlassungsklage anstrengt[77]). „In der Mehrzahl der Fälle wird freilich tatsächlich ein Delikt vorliegen. Man kann daher den vom Reichsgericht aufgestellten Satz folgendermaßen formulieren: Wenn auf Grund der §§ 823 ff. BGB. eine Schadensersatzpflicht eintritt oder wenn diese nur, weil das erforderliche Verschulden nicht vorliegt, oder wegen Wahrung berechtigter Interessen ausgeschlossen ist (§ 824 Abs. 2 BGB., § 193 StGB.), so entsteht ein Anspruch auf Unterlassung, falls Wiederholung des Eingriffs zu befürchten ist". Es kommt also nicht darauf an, ob der vorangegangene Eingriff auch schuldhaft erfolgt ist und ob der zukünftige Eingriff auch unter Verschulden eintreten wird.

Nur ausnahmsweise muß auch bei der vorbeugenden Unterlassungsklage Verschulden vorliegen, nämlich dann, wenn die Rechtsverletzung den Begriff einer unsittlichen Handlung erfüllt; denn von einem Verstoß gegen die guten Sitten kann nur dann die Rede sein, wenn Vorsatz vorliegt (§ 826 BGB.). Diese Gesetzesbestimmung hat es nur mit vorsätzlich moralwidrigen Schädigungen zu tun; unmoralisches Verhalten ist nun nicht mit rechtswidrigem Tun gleichzusetzen, die Sittenwidrigkeit enthält zwar meist eine Rechtswidrigkeit, sie ist aber ein weitergehender Begriff; will man nicht alle Grenzen zwischen Moral und Recht umstoßen[78]), so kann im Falle des § 826 BGB. und überhaupt bei Abwehr aller sittenwidrigen Handlungen eine vorbeugende Unterlassungsklage nur bei Hinzutreten des

76) RG. 109, 276.
77) Enneccerus, S. 774, Anm. 19.
78) Vgl. Oertmann, S. 1418.

subjektiven Tatbestandes zugelassen werden, weil andernfalls von einer Sittenwidrigkeit keine Rede sein kann.

Mitunter ist die Widerrechtlichkeit ausgeschlossen, z. B. wenn ein Recht zur Vornahme des widerrechtlich erscheinenden Eingriffs vorhanden ist und dessen Ausübung nicht schikanös gehandhabt wird (§ 226 BGB.). Rechtsmäßig ist der Eingriff ferner in den Fällen der Notwehr, des Notstandes und der erlaubten Selbsthilfe (§§ 227 bis 231 BGB.)[79]), wenn nur ihre Grenzen eingehalten sind; ferner bei Einwilligung oder Ermächtigung (§ 177 BGB.) unter der Voraussetzung, daß ein Verzicht statthaft ist, was nicht der Fall ist, wenn das Verhalten gegen die guten Sitten oder ein zwingendes Gesetz verstößt[80]). Beizupflichten ist dem Reichsgericht, wenn es die Widerrechtlichkeit auch dann für ausgeschlossen hält, wenn der Handelnde sich in gutem Glauben an die Zustimmung zu seinem Verhalten befand[81]). Da die Wahrnehmung berechtigter Interessen kein Schuldausschließungsgrund ist[82]), sondern ein Rechtfertigungsgrund, kann bei ihrem Vorliegen eine Handlung nicht widerrechtlich sein. Mit Recht führt aber das Reichsgericht[83]) aus, daß der Grundsatz, daß gegen die Unterlassungsklage aus § 824 BGB. der Einwand der Wahrnehmung berechtigter Interessen nicht erhoben werden könne, nicht schrankenlos angewendet werden dürfe. Salinger[84]) führt aus, es sei völlig willkürlich, wollte man den Einwand der berechtigten Interessen in einer eines einheitlichen Prinzips entbehrenden Weise beschränken. Eine kausuistische Beurteilung wäre allerdings abzulehnen; aber von einer willkürlichen Beschränkung kann keine Rede sein. Beweist der Beklagte die Wahrheit seiner Behauptung, z. B. daß Bücher zur Schundliteratur gehören[85]) und liegt eine formale Beleidigung nicht vor, so kann von einer Widerrechtlichkeit nicht gesprochen werden. Auch bei Wahrheitsbeweis kann das Verhältnis jemandes nach § 826 BGB. sittenwidrig sein; z.B. macht der Wahrheitsbeweis das Vorgehen nicht rechtmäßig, wenn die Behauptung ehrenrühriger Vorgänge zwar wahr

79) LZ. 1915, 123, 27.
80) RG. 66, 308.
81) RG. 68, 437; Warn. Komm. z. BGB. § 823, II, Fußn. 45 und 46; Enneccerus, I, 2, § 451, II, 3 d; Oertmann, § 823, Nr. 7 c.
82) Anderer Ansicht: Salinger, a. a. O., S. 277/78.
83) In: RG. 78, 215.
84) a. a. O., S. 277.
85) LZ. 1924, 34, 3.

ist, aber die Verbreitung in einer Art und Weise erfolgt ist, daß nicht nur Wettbewerbszwecke verfolgt wurden, sondern daß der Gegner vernichtet werden sollte[86]).

Liegt eine Tat nach §§ 185, 186, 823, Abs. 2 BGB. vor, dann ist die Widerrechtlichkeit bei Nachweis berechtigter Interessen an sich ausgeschlossen; da aber an der Wiederholung oder Verbreitung unwahrer Behauptungen niemand ein Interesse haben kann, muß eine vorbeugende Unterlassungsklage zulässig sein, sofern der Betroffene die Unwahrheit der beleidigenden oder den Kredit oder das Fortkommen schädigenden Aeußerungen nachweist[87]). Durch Erbringung des Beweises, daß die schädigenden Behauptungen unwahr sind, wird ihre Aufstellung und Verbreitung, soweit sie in Wahrnehmung berechtigter Interessen geschehen war, nicht nachträglich widerrechtlich, aber das Unterlassungsbegehren, sofern Wiederholung droht, für die Zukunft gerechtfertigt. Es geht daher der Angriff Salingers[88]) fehl, wenn es ihm unverständlich erscheint, wie eine Mitteilung, welche zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht und daher rechtlich zulässig gewesen ist, hinterher dadurch widerrechtlich werden soll, daß der Kläger im Prozesse die Unwahrheit der Mitteilung beweist.

3. Oben war ausgeführt, daß das Erfordernis der Wiederholungsgefahr scharf von den Voraussetzungen des Rechtsschutzbedürfnisses zu scheiden ist, denn erstere bedeutet eine Tatfrage, letztere eine Rechtsfrage. Die vorbeugende Unterlassungsklage ist aus einzelnen ausdrücklich geregelten Unterlassungsklagen abgeleitet; da all die entsprechenden Klagen durch die Gefahr künftiger Verletzung bedingt sind, muß notwendigerweise auch die actio quasi negatoria diese Gefahr zur Voraussetzung haben; daß bei den anerkannten Fällen vorbeugenden Rechtsschutzes diese Voraussetzung nur bei einem Teil ausgesprochen ist, kann nicht zu der Ansicht führen, daß in den übrigen Fällen eine Wiederholungsgefahr nicht vorzuliegen braucht; vielmehr kann unbedenklich in allen Fällen vorbeugenden Unterlassungsschutzes angenommen werden, daß eine Wiederholungsgefahr nachzuweisen ist[89]).

---

86) RG. 76, 110; JW. 1911, 543, 18.

87) RG. 95, 343; 91, 350 und 265; 88, 130; JW. 1925, 1393, 23; 1919, 993, 3; 1915, 29, 13.

88) a. a. O., S. 278.

89) Vgl. insbesondere Eltzbacher, a. a. O., S. 179, 182.

Obwohl es sich bei der Frage der Wiederholungsgefahr um eine Frage tatsächlicher Art handelt[90]), mag sie hier eine besondere Behandlung erfahren, da sich zwar nicht für alle Fälle zutreffende Rechtsregeln, aber doch gewisse Grundsätze für sie herausgebildet haben. Neukamp[91]) meint hierzu, die Entscheidung könne nur von Fall zu Fall betroffen werden.

Für die Fälle, in denen eine Unterlassungsklage wegen Verletzung absoluter Rechte gewährt ist, wird die „Besorgnis weiterer Beeinträchtigungen oder Störungen" vom Gesetz ausdrücklich gefordert[92]). Hier muß die Wiederholungsgefahr eine ernstliche, sich auf Tatsachen gründende Besorgnis sein, die auch auf weniger großer Wahrscheinlichkeit beruhen kann. Wahrscheinlichkeit ist allerdings zu fordern, denn andernfalls würde keine Besorgnis künftiger Störung, keine Beunruhigung vorliegen. Neukamp[94]) meint mit Recht, durch das der Unterlassungsklage stattgebende Urteil werde die zukünftige Handlungsfreiheit des Beklagten eingeschränkt. „Zu einem derartig weitgehenden Eingriff in die menschliche Handlungsfreiheit wird das Gericht erst dann schreiten dürfen, wenn eine dringende Veranlassung dazu vorliegt, zumal bei der vorbeugenden Unterlassungsklage immer nur mit einer Wahrscheinlichkeit gerechnet werden kann, wie sich das zukünftige Verhalten des Beklagten gestalten wird. Es darf deshalb besonders in den Fällen, in denen es sich um einmalige Aeußerung handelt, von der gar nicht abzusehen ist, ob sie in Zukunft wiederholt werden wird, nur mit größter Vorsicht einem Unterlassungsanspruch stattgegeben werden". Stets wird vorausgesetzt, daß die Gefahr der Wiederholung in der vorausgegangenen Verletzung objektiv zu Tage getreten ist. Wenn jemand fremdes Eigentum stört, so braucht noch nicht besorgt zu werden, daß er andere absolute Rechte z. B. das Namensrecht verletzen werde; daher ist für die Annahme einer Wiederholungsgefahr zu fordern, daß eine Verletzung eben derselben Art, wie sie bereits begangen wurde, zu befürchten ist[95]). Schon ein einmaliges widerrechtliches Vorgehen vor Klageerhebung kann im allge-

90) Vgl. Enneccerus, S. 773, Anm. 12.
91) JW. 1915, S. 119.
92) Vgl. §§ 12, Satz 2; 862, 1, 2; 1004, 1, 2, BGB.
93) RG. 98, 267; 78, 213.
94) JW. 1915, 117.

meinen ausreichen[96]), es sei denn, daß die bloße Wahrscheinlichkeit durch besondere Umstände widerlegt wird.

Eine Wiederholungsgefahr wird regelmäßig zu bejahen sein, wenn der Beklagte das Recht auf Fortsetzung seiner Handlungsweise für sich in Anspruch nimmt, wenn der Angreifer sich zum Wahrheitsbeweis erbietet, sonstwie hartnäckig und böswillig ist, oder schon früher sich ähnliche Vorgänge abgespielt haben[97]). Ja die Gefahr wird auch dann vorliegen, wie nochmals zu betonen ist, wenn in der Vergangenheit nur ein einziger Vorfall liegt, zumal wenn er einen Ehre oder Vermögen bedrohenden Zustand erzeugt oder weite Verbreitung gefunden hat, z. B. die Verbreitung eines unwahren Gerüchts.

Gegenüber diesen Umständen, die regelmäßig eine Wiederholungsgefahr leicht annehmen lassen, sind Umstände festzustellen, die gegen die Annahme einer Wiederholung sprechen; z. B. ein verändertes Verhalten des Täters, das nicht nur unter dem Druck der Klageankündigung, sondern tatsächlich auf innerer Wandlung beruht, dürfte dem Kläger für die Zukunft sichere Gewähr leisten.

Es läßt sich nicht leugnen, daß eine einmal in die Welt gesetzte rechtswidrige Behauptung von selbst weiterwirkt, daß daher nicht zu besorgen ist, der Täter werde sie in der Zukunft wiederholen, da sie ja schon von selbst weiterwirke. Diese Feststellung darf aber nun nicht allgemein dazu führen, das Tatbestandsmerkmal der Wiederholungsgefahr zu verflüchtigen; daher ist abzulehnen[98]), daß eine Gefahr regelmäßig schon dann anzunehmen ist, wenn lediglich ein widerrechtliches Verhalten vor Erhebung der Klage bereits verwirklicht ist.

Zum Schluß sei bemerkt, daß das fragliche Erfordernis ein Tatbestandsmerkmal der Klage ist, das bei Bestreiten vom Kläger zu beweisen ist, was natürlich nicht ausschließt, daß sich ein besonderer Beweis erübrigt, falls die Besorgnis weiterer Beeinträchtigungen sich aus der sonstigen Klagebegründung ergibt[99]).

---

95) Vgl. Lobe, d. U. W., S. 343. Anderer Ansicht: Eltzbacher, a. a. O., S. 189, 200.
96) RG. 101, 335.
97) Vgl. RG. 97, 44; 96, 245.
98) Rosenthal, a. a. O., S. 46 ff.
99) So auch Staudinger, Komm. z. BGB., S. 1761.

Zweiter Teil:

Die Vereinbarkeit der vorbeugenden Unterlassungsklage mit vorhandenem Strafschutz.

Vorbemerkung:

Nach Feststellung und Erläuterung der einzelnen Voraussetzungen für die vorbeugende Unterlassungsklage ist die Grundlage für die Untersuchung der Frage geschaffen, ob die actio quasi negatoria auch dann gegeben ist, wenn dem Kläger ein strafrechtlicher Schutz zusteht. Die Fragestellung kann m. E. nur lauten: Liegen die allgemein aufgestellten Voraussetzungen in dem Falle vor, wenn dem Betroffenen ein strafrechtlicher Schutz zur Verfügung steht? Denn selbstverständlich können für diesen Fall nicht andere Voraussetzungen gelten, es sei denn, daß das Gesetz selbst andere Tatbestandsmerkmale aufstellt, insbesondere eine Beschränkung vorsieht.

Zu dieser allgemeinen Fragestellung sei ergänzt: Die Frage wird nur praktisch, wenn der Betroffene wirklich die Wahl zwischen beiden Rechtsbehelfen hat oder wenn bereits ein Strafschutz verwirklicht worden ist. Dieser Gedanke tritt im Schrifttum merkwürdigerweise allenthalten zurück; deshalb werden für das zu behandelnde Problem Beispiele angeführt, die zur Fragestellung überhaupt nicht passen.

Da eine Bestrafung nur bei Vorliegen des subjektiven Tatbestandes erfolgt, muß der erfolgte Eingriff bereits das subjektive Tatbestandsmerkmal enthalten, wenn eine Konkurrenz der beiden Rechtsbehelfe vorliegen soll; von einer wiederherstellenden Unterlassungsklage kann hier deswegen nicht gesprochen werden, weil die zukünftigen Eingriffe auch ohne Verschulden, lediglich rein objektiv widerrechtlich erfolgen können.

Die Wissenschaft ist, wie zunächst ohne nähere Begründung ein Ueberblick zeigen soll, sehr geteilter Ansicht; teils bemüht man sich, den Nachweis zu erbringen, daß die Konkurrenz der vorbeugenden Unterlassungsklage mit strafrechtlichem Schutz grundsätzlich unzulässig sei, aber ausnahmsweise zulässig ist; manche meinen sogar,

die Nebeneinandergewährung sei auch de lege ferenda nicht wünschenswert[100]).

Teils versucht man zu beweisen, daß das Zusammentreffen beider Schutzmittel immer rechtlich statthaft sein müsse, wenn man die vorbeugende Unterlassungsklage nach dem Stande des heutigen Rechts überhaupt erst einmal zugelassen habe[101]).

Wieder andere halten es für richtig, daß grundsätzlich beide Schutzmittel nebeneinander zulässig sind, aber meinen, ausnahmweise könnte der strafrechtliche Schutz den zivilen Rechtsbehelf ausschließen[102]).

Im folgenden sei ausführlich zu diesem Problem Stellung genommen und bei der Aufstellung der eigenen Ansicht die sich aus der Literatur ergebenden Gründe für und wider kritisch gewürdigt. Liegen nun die allgemeinen Voraussetzungen auch dann vor, wenn dem Betroffenen, der mit der actio quasi negatoria klagen will, ein öffentlichrechtlicher Schutz geboten ist?

I. Die Stellungnahme des Reichsgerichts.

Daß im Falle der Konkurrenz der vorbeugenden Zivilklage mit strafrechtlichem Schutz die bereits festgestellten Voraussetzungen: 1. des rechtswidrigen Eingriffs in ein fremdes Recht oder Rechtsgut und 2. der Wiederholungsgefahr genau so wie in anderen Fällen gegeben sein können und zur Gewährung der vorbeugenden Unterlassungsklage vorliegen müssen, ist offensichtlich und braucht nicht erst bewiesen zu werden. Zweifelhaft kann nur sein, ob die oben geforderte Klagvoraussetzung für die Gewährung der vorbeugenden Unterlassungsklage gegeben ist, nämlich ein Rechtsschutzbedürfnis festzustellen ist.

100) Insbesondere Neukamp, JW. 1915, 115 ff.; Meyer, Recht, 24, 434, und die frühere Rechtsprechung des RG., vor allem vgl. RG. 77, 217 ff.

101) Enneccerus und die dort angeführten § 465; Rosenthal, Unterlassungsklage, S. 25 ff., sowie in LZ. 1913, Sp. 899 ff, 1918. Sp. 431 ff., JW. 1914, S. 1059 ff., 1915, S. 299 ff., 1918, S. 133 ff., Not. zu Nr. 7; Mu. W. 1914, S. 104 ff.; Gruch. Beitr., Bd. 63, S. 722 ff., JW. 1920, S. 245 ff.; LZ. 1920, Sp. 673; Lesser, Arch. bürgerl. Recht, Bd. 38, S. 115 ff.; Gierke, Deutsches und preußisches Recht, III, § 215, Anm. 12; Schramm, DJZ. 1925, S. 1630; Fuchs, Recht und Wirtschaft, 17, S. 225; Riezler, Recht 22, 168; Teich, JW. 1914, 612; Weinmann, JW. 1914, 1007; Krückmann, 1921, 761; JW. 1927, 769 Ziff. 7.

102) Vor allem Planck, Komm. z. BGB., S. 1750 ff.

Das Reichsgericht führt häufig aus[103]), die Unterlassungsklage sei im Falle der Kumulierung mit strafrechtlichem Schutz nur dann zugelassen, wenn der strafrechtliche Schutz für die Abwehr der objektiv widerrechtlichen Eingriffe nicht genüge: „Im allgemeinen ist überall, wo die Handlung, auf deren Unterlassen geklagt wird, durch ein Strafgesetz unter öffentliche Strafe gestellt, für eine weitere zivilrechtliche Strafandrohung kein Bedürfnis und kein Raum". (RG. 77, 217 ff.). Weil letzten Endes das Rechtsschutzbedürfnis im einzelnen Fall für die Zulässigkeit der vorbeugenden Unterlassungsklage ausschlaggebend sein müsse, bleibe es dem Kläger aber vorbehalten, darzutun, daß die Androhung der öffentlichen Strafe ihm einen genügenden Rechtsschutz nicht gewähre. Gelänge der Nachweis, dann soll die Konkurrenz zulässig sein. Spätere Entscheidungen[104]) haben auch für die ursprünglich ausgenommenen Fälle der Privatklage die mit ihr konkurrierende Unterlassungsklage grundsätzlich für unzulässig erklärt. Dabei ist aber noch (S. 64) folgender Satz aufgestellt: „Gleichwohl ist, wie auch bereits in dem Urteil des erkennenden Senats vom 18. 1. 1930 angenommen wurde, die zivilrechtliche Klage nicht schlechthin für ausgeschlossen zu erachten; sie ist vielmehr zulässig, wenn vom Kläger ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis für den einzelnen Fall dargetan wird, sei es, daß der Strafverfolgung Hindernisse entgegenstehen, wie bei einem Aufenthalt des Klägers im Ausland, sei es, daß bei der Privatklage die jedesmalige Strafverfolgung im Einzelfalle dem Verletzten die Abwehr ungebührlich erschweren und gegen die zu erwartende hartnäckige Wiederholung der Angriffe einen ausreichenden Schutz nicht gewähren würde".

Im Reichsgericht 115, 85 wird die bisher vertretene Rechtsmeinung bezweifelt, in RG. 116, 151 wird sie aufgegeben und ausgesprochen, daß die vorbeugende Unterlassungsklage auch dann gegeben ist, wenn die zu unterlassende Handlung unter öffentliche Strafe gestellt ist, da Strafrecht und Zivilrecht, vollkommen verschiedenen Zwekken dienen, streng voneinander zu scheiden seien. Auch für den Fall der Privatklage wurde später[105]) ausgeführt,

103) RG. 77, 217; 82, 59; RG. in JW. 1912, 587; 1913, 35; RG. im Recht, 1915, Nr. 44; RG. in Mu.W. 12, 416.
104) RG. 82, 59.
105) JW. 1921, S. 177.

daß die beiden Rechtsbehelfe nebeneinander zulässig seien. Daß mit dieser Entscheidung die Frage für das Reichsgericht endgültig entschieden ist, hat sich nicht ergeben: Die Entscheidungen in JW. 1927, 2422 und RG. 123, S. 274, die auf RG. 116, 151 gefolgt sind, haben mit Rücksicht auf besondere Umstände das Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses verlangt; damit ist eine Rückkehr zu der früheren einschränkenden Rechtsprechung festzustellen. Namentlich RG. 124 S. 253 gelangt auf Umwegen zu ähnlichen Ergebnissen wie die frühere Rechtsprechung. Dort versagt der (nunmehrige) sechste Zivilsenat des Reichsgerichts einem Beamten die Unterlassungsklage gegen wiederholte ehrverletzende Eingaben eines Dritten an seine vorgesetzte Behörde, obwohl die Unrichtigkeit dieser Eingaben auf Grund objektiver behördlicher Prüfung bereits feststand; denn das staatsbürgerliche Recht auf Strafanzeigen an die Gerichte oder Beschwerden an die vorgesetzte Behörde dürfe durch ein zivilrechtliches Unterlassungsurteil nicht verkümmert werden, es sei denn, daß es sich um Schikane oder wissentlich falsche Anschuldigung handelt[106]).

II.

Kritik des einschränkenden Grundsatzes des Reichsgerichts.

1. Die Mehrzahl der Schriftsteller, die die Rechtsprechung des sechsten Zivilsenats bekämpfen, beschränken sich bei der Ablehnung der vom Reichsgericht aufgestellten Einschränkung darauf anzuführen, daß die jetzige einschränkende Rechtsprechung mit seiner älteren und derjenigen anderer Senate nicht vereinbar sei[107]). Es soll nicht geleugnet werden, daß in der Fassung der Reichsgerichtsurteile gewisse Unstimmigkeiten bestehen; insbesondere gibt es Fälle, in denen Grundsätze für die vorbeugende Unterlassungsklage entwickelt sind auf Grund eines Sachverhalts, der auch — sei es, weil unstreitig, aus sonstigen Gründen — die Feststellung des Verschuldens enthält. Manchmal hat man auch unterlassen auszuführen, daß es auf das an sich vorhandene Verschulden des Beklagten gar nicht ankomme[108]). Rosenthal bemerkt[109]) zu der Einschränkung bei der

106) Siehe die berechtigte Kritik dieser Entscheidung bei Lehmann in der Anm. zu dieser Entscheidung (JW. 1929, S. 2339).
107) Dies stellt auch fest Neukamp, JW. 1915, 119.
108) So auch Flad, a. a. O., S. 369.
109) a. a. O., S. 27.

vorbeugenden Unterlassungsklage, der der Reichsgerichtsräte-Kommentar damals zustimmte[110]), daß jene Rechtsprechung gebilligt wird, und zwar im Anschluß an eine Darlegung, wonach die vorbeugende Unterlassungsklage insbesondere praktisch wird für die Interessenkreise des § 824 BGB. (Kredit, Erwerb und Fortkommen). „Nun sind doch diese Interessen auch durch eine öffentliche Strafandrohung geschützt, nämlich durch die §§ 185 ff. StGB. Es ist also in sich widerspruchsvoll, wenn gegen die objektiv widerrechtliche Verletzung jener Interessen die Unterlassungsklage zugelassen wird unter Betonung des „erkennbaren Bedürfnisses eines Rechtsschutzes" und wenn dann unmittelbar anschließend unter Berufung auf RG. 77, 217 erklärt wird, ein Rechtsschutzbedürfnis sei nicht gegeben, „wenn die unerlaubte Handlung, deren Tatbestand in Frage steht, durch ein Strafgesetz unter öffentliche Strafe gestellt ist". „Rosenthal[111]) meint ferner, die Entscheidungen in Mu.W. 10, 128 und RG. 77, 217 führen einen tödlichen Kampf miteinander". In der ersten Entscheidung werde die vorbeugende Unterlassungsklage gegen kreditgefährdende Behauptungen ausdrücklich für zulässig erklärt und der Beklagte nicht damit gehört, daß er „die Behauptung unter der Deckung des § 193 StGB. zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht habe": „Das Reichsgericht hat gerade dagegen Schutz durch Unterlassungsklagen gewähren wollen, daß jemand in Wahrnehmung berechtigter Interessen durch unwahre Behauptungen den Kredit oder Erwerb eines anderen schädigt und sich dem Beweise gegenüber, daß seine Behauptungen unwahr sind, unbelehrbar zeigt". RG. 77, 117 ff. stelle das exakte Gegenteil auf, nämlich erkläre die vorbeugende Unterlassungsklage wegen des daneben laufenden Strafschutzes für unzulässig.

Es ist den Kritikern des Reichsgerichts zuzugeben, daß die verschiedenen Urteile des Reichsgerichts[112]) schwer miteinander zu vereinbaren sind; Neukamp[113]) bemerkt: „All diese Entscheidungen (die erstmalig die actio quasi negatoria anerkennen) behandelten Prozesse, in denen die

110) Inzwischen billigt der RGRKomm. die weitgehende Einschränkung der vorbeugenden Unterlassungsklage nicht mehr (7. Aufl., S. 547).
111) a. a. O., S. 28.
112) RG. 48, 114; 60, 6; 77, 217/222.
113) JW. 1915, S. 115.

unerlaubte Handlung nicht mit einer Strafe bedroht ist. Sie stehen also mit den in RG. 77, 217 vom sechsten Zivilsenat eingenommenen und seither von diesem ständig fest gehaltenen Standpunkt nicht nur in Widerspruch, sondern berühre auch im Ergebnis die Frage nicht, ob auch dann eine Unterlassungsklage statthaft ist, wenn die unerlaubte Handlung, gegen welche sich der Unterlassungsanspruch richtet, gleichzeitig mit Strafe bedroht ist"[114]). Es ist ein unfruchtbarer Streit, ob der die vorbeugende Unterlassungsklage einschränkende Grundsatz in RG. 77, 217 in Widerspruch zu früheren Entscheidungen steht oder nicht; der Streit mag daher auf sich beruhen bleiben[115]).

2. Bevor eine eigene Ansicht aufgestellt und begründet sei, sollen zunächst von den Ansichten, die die Einschränkung der vorbeugenden Unterlassungsklage verwerfen, diejenigen widerlegt werden, die m. E. von vornherein nicht geeignet sind, Bedenken gegen die einschränkende Rechtsprechung aufkommen zu lassen.

Rosenthal z. B.[116]) findet es ganz unverständlich, daß die Einschränkung der vorbeugenden Unterlassungsklage sich lediglich auf die quasinegatorische, aber nicht auf die deliktische (wiederherstellende) Unterlassungsklage beziehe[117]). Rosenthal zitiert für seinen Angriff aus einer Entscheidung des OLG. Kiel[118]): „Es ist hinsichtlich der Zulässigkeit zwischen jenen beiden Arten von Unterlassungsklagen kein Unterschied zu machen[119]). Beide richten sich gegen die Gefahr weiterer Störung eines bedrohten Rechtsguts. Es ist nicht erfindlich, weshalb die eine Klageart von strengeren Voraussetzungen als die andere abhängig sein soll". Rosenthal vermißt in seiner Kritik jegliche Begründung „für eine solche — doch gewiß höchst auffällige — Unterscheidung". „Hinzu kommt, daß in der Praxis die Unterlassungsklage meist so erhoben wird, daß es sich schwer oder gar nicht erkennen läßt, ob es sich um eine quasinegatorische handelt oder nur um eine deliktische bezw. wiederherstellende. Die vom sechsten Zivilsenat vorgenommene Teilung führt also auch insofern zu erheblichen

114) Ebenso RGRKomm., Vorbem. zu § 823, S. 546.
115) So auch Salinger, a. a. O., S. 274.
116) a. a. O., S. 26 ff.
117) Vgl. RGRKomm. I, S. 775.
118) In: LZ. 1916, S. 347.
119) Rosenthal, JW. 1914, S. 1062.

Unzuträglichkeiten, ja man könne sagen, daß eine solche Abgrenzung praktisch undurchführbar ist". Rosenthal erkennt an, die neuere Rechtsprechung des sechsten Zivilsenats des Reichsgerichts zeige eine bemerkenswerte Neigung zur Errichtung von Scheidungslinien, die zwar in der Theorie leicht und schnell auszudenken seien, die aber in der Wirklichkeit des praktischen Rechtslebens sich als unmöglich erweisen.

Beide Gedanken, sowohl die angebliche praktische Unmöglichkeit der Abgrenzung beider Klagen, als auch, wenn man sie schon scheiden wolle, die angeblich völlige Unbegründetheit der verschiedenen Behandlung bei der Frage der Konkurrenz mit dem Strafschutz müssen als abwegig abgelehnt werden. Oben ist bereits zu dem Wesen der wiederherstellenden und der vorbeugenden Unterlassungsklage Stellung genommen worden; dabei sind beide Klagen klar voneinander geschieden worden, die wiederherstellende Unterlassungsklage, besser Beseitigungsklage, ist als gewöhnliche Schadensersatzklage, die vorbeugende Unterlassungsklage hingegen als eine in des Wortes wahrster Bedeutung actio quasi negatoria dargestellt worden; auch Rosenthal gibt ja in seiner Kritik zu, die Errichtung der Scheidungslinien sei in der Theorie leicht und schnell auszudenken. Was logisch klar erkennbar ist, kann stets bei entsprechenden praktischen Fällen bei gründlichem Nachdenken gleichfalls klar erkannt werden. Und dem hochstehenden deutschen Richterstande wird man wohl trotz seiner Arbeitsüberlastung nicht unterstellen wollen, er könne die theoretischen Gedanken nicht auf die Praxis übertragen. Wenn früher teilweise beide Klagen etwas miteinander vermischt wurden, weil die Wissenschaft und Rechtsprechung die Scheidungslinien noch nicht klar genug herausgearbeitet hatten, so braucht deswegen noch lange nicht befürchtet zu werden, daß man bis auf weiteres nicht erkennen könne, ob es sich bei irgend einem Einzelfall um eine wiederherstellende oder vorbeugende Klage handele. Aber abgesehen von der Frage der Unterscheidungsmöglichkeit beider Klagen ist aus dem verschiedenartigen rechtlichen Wesen beider Klagen ohne weiteres ersichtlich, daß eine verschiedene Behandlung bei der Frage des Strafschutzes durchaus gerechtfertigt ist; denn für die wiederherstellende Unterlassungsklage, die bekanntlich eine gewöhnliche Schadensersatzklage ist, ist ein neben dem Schadensersatz laufen-

der Strafschutz wie bei allen Schadensersatzklagen völlig belanglos[120]).

Die vorbeugende Unterlassungsklage ist aber nur begründet, wenn ein Rechtsschutzbedürfnis nachgewiesen ist; wie aber noch nachgewiesen werden wird, muß das Vorliegen eines solchen mitunter verneint werden, wenn der rechtswidrig schädigende Angreifer von weiteren unerlaubten Vorgehen durch den bereits verwirklichten oder möglichen Strafschutz abgeschreckt ist. Wenn Rosenthal[121]) sein Befremden darüber äußert, daß die deliktische Unterlassungsklage mitunter gerade auf Grund einer Verletzung des § 185 StGB. zulässig ist, daß hier also eine Unterlassungsklage gegeben ist, weil eine öffentliche Strafandrohung besteht, während RG. 77, 217 aus demselben Grunde die Unterlassungsklage für nicht gegeben erklärt, so kann ihm entgegengehalten werden, daß diese Gegenüberstellung zwar auffallend, aber wegen des vollkommen verschiedenen Wesens beider Klagen durchaus gerechtfertigt ist.

3. Andere Schriftsteller vermissen jegliche Begründung dafür, daß bei der actio quasi negatoria der konkurrierende Strafschutz eine Rolle spielen soll, während bei der actio negatoria dies nicht der Fall sein soll, da doch der Gesetzgeber in vielen Fällen neben dem zivilen Rechtsbehelf noch strafrechtlichen Schutz verliehen habe. So wird in Staudinger bemerkt[122]): „Gerade das Nebeneinanderbestehen von Strafdrohung und Unterlassungsklage in den vom Gesetz besonders geregelten Fällen zeigt, daß auch für die durch die Rechtsprechung zugelassene Unterlassungsklage das Rechtsschutzbedürfnis nicht deshalb verneint werden kann, weil schon ein strafrechtlicher Schutz besteht". Zuzugeben ist, daß die actio quasi negatoria wie überhaupt alle ausdrücklichen Gesetze ein Rechtsschutzbedürfnis als Grundlage haben. Aber bei der actio quasi negatoria hat der Gesetzgeber eben wegen des vorhandenen Rechtsschutzbedürfnisses ausdrücklich eine Rechtsvorschrift erlassen, die actio quasi negatoria dagegen ist nicht ausdrücklich geregelt, und nur zur Befriedigung des bestehenden Rechtsschutzbedürfnisses hat die Rechtsprechung im Wege der

120) Vgl. Planck, a. a. O., S. 1752.
121) a. a. O., S. 29.
122) Komm. z. BGB., Vorbem. zu § 823, S. 1763.

Analogie vorbeugenden Rechtsschutz gewährt. Infolgedessen ist bei der actio negatoria der daneben laufende Strafschutz völlig belanglos; ebenso führt Neukamp[123]) aus: „Daß in allen diesen Fällen (gemeint die gesetzlich geregelten Unterlassungssansprüche) eine Unterlassungsklage statthaft ist, gleichviel, ob die Handlung, auf deren Unterlassung die Klage gerichtet wird, mit einer Strafe bedroht ist oder nicht, versteht sich ganz von selbst und ist auch von der Rechtsprechung niemals in Zweifel gezogen. Wenn demnach die Gerichte der unteren Instanzen, wie Rosenthal behauptet, die Unterlassungsklage in solchen Fällen versagen, in denen das Gesetz diese ausdrücklich zuläßt, weil die zu unterlassende Handlung mit einer Strafe bedroht sei, so steht eine derartige Praxis mit der Rechtsprechung des RG. nicht im Einklang". Daß auch insoweit, als es sich um Anwendung des § 1004 BGB. auf die geistigen Sachen handelt, der Zulassung der hier vorgesehenen Unterlassungsklagen der Umstand nicht entgegensteht, daß die zu unterlassende Handlung mit einer Strafe bedroht ist, hat das Reichsgericht gleichfalls niemals in Zweifel gezogen"[124]). Also der Richter hat selbstverständlich grundsätzlich ohne weiteres und nicht erst nach Feststellung eines Rechtsschutzbedürfnisses das Gesetz anzuwenden; bei der quasi negatorischen Unterlassungsklage dagegen veranlaßt erst ein festgestelltes Rechtsschutzbedürfnis zur Klagegewährung; wenn nun in einem Falle angesichts vorhandenen Strafschutzes ein Rechtsschutzbedürfnis verneint werden muß, kann es sehr wohl zu einer Abweisung der actio quasi negatoria kommen. Da aber mitunter neben der actio quasi negatoria noch ein Strafschutz verliehen ist, ist zuzugeben, daß sehr wohl (und wie sich noch zeigen wird) in den meisten Fällen für einen weitergehenden Rechtsschutz durch eine Strafrechtsvorschrift Bedürfnis und Raum ist.

4. Enneccerus[125]) hält die weitgehende Analogie des Reichsgerichts an sich für bedenklich, für viel bedenklicher aber die Einschränkung der Zulässigkeit der Unterlassungsklage für die Fälle, wo die in Frage stehende Handlung bereits durch ein Strafgesetz verboten ist. Er meint, diese Rechtsprechung beruhe auf einer Verkennung der verschie-

123) Vgl. JW. 1915, S. 114.
124) Vgl. JW. 1915, S. 114.
125) Lehrbuch, II, S. 773.

denen Aufgaben des zivil- und strafrechtlichen Schutzes[126]: „Das Strafrecht will Sühne für eine bereits begangene schuldhafte Handlung, die Unterlassungsklage dagegen will drohende zukünftige, lediglich objektiv widerrechtliche Eingriffe verhüten. Die begründete Besorgnis solcher Eingriffe erzeugt also hier das Rechtsschutzbedürfnis, nicht das etwaige Fehlen strafrechtlichen Schutzes. Daß aber auch die öffentliche Strafdrohung nicht ausreicht, zeigt ja bereits im Einzelfall die Zuwiderhandlung. Der Strafschutz dient daher regelmäßig zur Verstärkung der geschützten Rechtsgüter; keinesfalls sollen dem Verletzten andere schnellere und wirksamere Rechtsbehelfe genommen werden"[127]).

Demgegenüber führt Neukamp[128]) an: „es ist... nicht erfindlich, aus welchen allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Zivilrichter die Befugnis herleiten könnte, den durch das Strafrecht bereits gewährten Schutz durch seine Maßnahmen noch zu verstärken; denn darauf und nur darauf läuft es hinaus, wenn man neben dem strafrechtlichen Schutz noch eine zivilrechtliche Unterlassungsklage zulassen will. Ich halte es nämlich nicht für richtig, wenn Rosenthal (LZ. S. 904 ff.) demgegenüber behauptet, „daß Strafnorm und Unterlassungsverbot einem völlig verschiedenen Zwecke dienen, daß man die Sühnung für begangenes Unrecht, die sich nur mit der Person des Delinquenten befaßt, nicht zusammenbringen darf mit der Prophylaxe gegen weitere Beeinträchtigungen, die es nur auf den Schutz des Betroffenen absieht".

M. E. kann mit diesen Gedankengängen das Problem nicht gelöst werden, wenn auch Neukamp zu entgegnen ist, daß das Strafrecht im allgemeinen nicht durch das Zivilrecht verstärkt, sondern umgekehrt das Zivilrecht durch das Strafrecht verstärkt wird.

III. Würdigung und Ergebnis.

Gegenüber all den geschilderten Meinungen, die die einschränkende Rechtsprechung des Reichsgerichts mehr oder weniger scharf, mehr oder weniger sachlich ablehnen, soll nun die Richtigkeit jener einschränkenden Rechtsprechung dargelegt werden. Es ist an anderer Stelle ausführlich nachgewiesen worden, daß die Zulässigkeit der

126) Vgl. auch Rosenthal, LZ. 1913, 904 ff.
127) Enneccerus, Lehrb. II, S. 773.
128) JW. 1915, S. 118.

vorbeugenden Unterlassungsklage mit dem Erfordernis des Rechtsschutzbedürfnisses steht und fällt; denn die actio quasi negatoria beruht nicht auf ausdrücklicher gesetzlicher Regelung, sondern sie ist auf die Erkenntnis eines vorhandenen Rechtschutzbedürfnisses und auf im Wege der Analogie ausgewertete Rechtsgedanken gestützt worden, die in einer Anzahl von Einzel- und Sondervorschriften feststellbar sind und für den Analogieschluß die geeignete Grundlage bilden. Gerade aus dieser grundsätzlichen Begründung heraus erklärt sich die Notwendigkeit, die vorbeugende Unterlassungsklage nicht ausnahmslos auch dann zu gewähren, wenn das zu untersagende Verhalten zugleich unter öffentliche Strafe gestellt ist. Umgekehrt ist festzustellen, daß gerade die meisten Angriffe gegen die unbeschränkte Zulässigkeit der vorbeugenden Unterlassungsklage von den Kreisen ausgehen, die die Gewährung einer solchen ablehnen, da nach ihnen ein Rechtsschutzbedürfnis entweder mangele oder die actio quasi negatoria nicht begründen könne, oder die für ihre Zulässigkeit nicht so scharfe Voraussetzungen, insbesondere kein Rechtsschutzbedürfnis verlangen.

Es kann nicht richtig sein, daß für die zivile Unterlassungsklage das Strafrecht vollkommen auszuscheiden habe, wenn ein Analogieschluß gezogen werden soll; dem Zwecke nach will das Strafrecht Sühne für eine bereits begangene Handlung[129]); das Zivilrecht will dagegen Sicherung der vermögensrechtlichen Beziehungen des einzelnen und der Gesellschaft; also eine Verschiedenartigkeit des strafrechtlichen und zivilrechtlichen Rechtsschutzes ist an sich nicht zu leugnen. Aber sowohl das bürgerliche Recht als auch das Strafrecht geht in der Einheit der Rechtsordnung und der staatlichen Rechtspflege auf und gerade bei der Lückenausfüllung durch Analogieschlüsse ist der Einheit der Rechtsordnung Rechnung zu tragen. Im Recht gibt es keine feindlichen Brüder. Strafrechtsfragen sind daher sehr wohl in Beziehung zum bürgerlichen Recht zu setzen und auch umgekehrt: Bürgerliche Rechtssätze müssen im Zusammenhang mit anderen Rechtsdisziplinen, insbesondere auch des Strafrechts, gesehen werden. Infolgedessen ist auch der Rechtsbehelf der vorbeugenden Unterlassungsklage, weil ihm ein im Wege der Analogie anerkannter Unterlassungs-

129) Verfasser vertritt die klassische Theorie; vgl. Mayer, Lehrb. d. Strafrechts, Allgem. Teil, S. 422 ff.

anspruch zugrunde liegt, in das Gefüge der gesamten staatlichen Rechtsordnung einzufügen[130]). Daher ist Krückmann[131]), der für die Gewährung der actio quasi negatoria ein Rechtsschutzbedürfnis für überflüssig hält, nicht zuzustimmen[132]), wenn er den Satz aufstellt: „Entweder gibt es die Unterlassungsklage immer oder es gibt sie gar nicht". Damit kann man sich angesichts des Erfordernisses des Rechtsschutzbedürfnisses nicht bescheiden. Das hieße die actio quasi negatoria lediglich mit zivilrechtlichen Augen, ohne Zusammenhang mit der gesamten Rechtsordnung zu betrachten, worauf man, da es sich um eine auf Grund eines Analogieschlusses gewährte Klage handelt, sich nicht beschränken darf.

Abwegig sind auch die Ausführungen Rosenthals[133]): „Beweist der Kläger die Wiederholungsgefahr, dann ist ein Rechtsschutzbedürfnis dargetan. Die Frage, ob eine öffentliche Strafdrohung besteht, muß ausscheiden..." Und ebenso: „Muß es nicht genügen, wenn der durch einen strafrechtlich zu ahnenden Verstoß Verletzte die Gefahr weiterer Verstöße beweist? Die Frage der Wiederholungsgefahr .... erledigt durchaus die Frage eines Rechtsschutzbedürfnisses". Es wurde oben dargelegt, daß Wiederholungsgefahr und Rechtsschutzbedürfnis nicht zusammenfallen, sondern scharf zu trennen sind, da erstere eine tatsächliche Frage, letztere eine Rechtsfrage ist. Nach der hier vertretenen Ansicht darf daher von dem Erfordernis des Rechtsschutzbedürfnisses nicht abgesehen werden. Wenn Wiederholungsgefahr besteht, dürfte zwar meist ein Rechtsschutzbedürfnis bestehen, es ist aber nicht notwendig, daß immer ein solches besteht; an das Vorliegen des Tatbestandsmerkmales der Wiederholungsgefahr kann ja der Richter durch gesetzliche Beweisregeln gebunden sein. Infolgedessen müssen die Darlegungen Rosenthals verworfen werden.

Liegt ein Tatbestand vor, nach dem ein rechtswidriger Eingriff zu erwarten ist, dann ist es Aufgabe des Rechts, die Wiederholungsgefahr zu bannen. Die Fragestellung kann daher nur so lauten: Läßt es die Rechtsordnung zu, die Wie-

130) Diese Gedankengänge erkennt auch Planck an, a. a. O., S. 1751/52.
131) JW. 1921, S. 177 unten.
132) Gegen ihn auch Planck, a. a. O., S. 1752.
133) Siehe LZ. 1913, S. 906 ff.

derholungsgefahr nebeneinander durch die Strafdrohung eines Strafgesetzes und durch die weitere eines nach § 890 ZPO. vollstreckbaren Urteils zu bekämpfen? Es ist richtig, die Strafdrohung des § 890 ZPO. ist nicht als Zwangsstrafe der in § 888 ZPO. gedachten Art, sondern als Rechtsstrafe für Sühnung aufzufassen und bezweckt daher gleichfalls, künftige schuldhafte Zuwiderhandlungen zu verhüten.

Hält man sich die Begründung und das Wesen der vorbeugenden Unterlassungsklage vor Augen, so kann die Antwort auf obige Frage nur lauten: Da die actio quasi negatoria nur bei Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses gewährt wird, kommt es darauf an festzustellen, ob im konkreten Fall bei Konkurrenz mit dem Strafschutz ein Rechtsschutzbedürfnis zu bejahen ist oder nicht. Alle Fälle sind deshalb daraufhin zu untersuchen, ob ein Bedürfnis vorliegt, geeignet die actio quasi negatoria zu begründen. In vielen, ja den meisten Fällen wird das Ergebnis der Prüfung sein, daß trotz des möglichen Strafschutzes die Wiederholungsgefahr noch besteht, daß mit anderen Worten ein Rechtsschutzbedürfnis vorhanden ist und die actio quasi negatoria begründet; in wenigen Fällen kann und wird die Rechtslage aber so beschaffen sein, daß von vornherein kein Grund für die Annahme besteht, daß nach Geltendmachung des Strafschutzes noch weitere schädigende rechtswidrige Angriffe zu befürchten sind. Aus diesem Grunde ist Planck[134]) zuzustimmen, wenn er ausführt: „Die Entwicklung sollte nicht dazu führen, von dem Mangel des Rechtsssschutzbedürfnisses überhaupt abzusehen, und wenn es wahr ist, daß dafür in erster Linie Zweckerreichung und Interessewegfall in Betracht kommen, so wird es gegenüber Straftaten grundsätzlich für angezeigt zu erachten sein, die Möglichkeit einer Beschränkung der vorbeugenden Unterlassungsklage vorzubehalten: auch wenn nicht grundsätzlich, wird die Klage nach den Umständen häufig zu versagen sein".

Um sich nicht mit der Aufstellung dieses Grundsatzes zu bescheiden, soll nun eine Klärung und Ordnung der verschiedenen Möglichkeiten geboten werden.

Die Hauptangriffe gegen die Einschränkung des Rechtsschutzes der vorbeugenden Unterlassungsklage, die in der

134) a. a. O., S. 1752.

Tat bedenklich zu stimmen scheinen, lassen sich dahin zusammenfassen: Wer sich auch noch strafbar gemacht hat, könnte, wenn deswegen der zivile Unterlassungsschutz entfallen sollte, sowohl dann, wenn die Bestrafung entweder wegen Unkenntnis der Anklagebehörden oder wegen des — rechtspolitisch gesehen — löblichen Willens des Betroffenen, ein zivilrechtliches Mittel statt des gröberen strafrechtlichen zu wählen, ausscheiden würde, nicht mit der zivilen Unterlassungsklage zur Vermeidung der Wiederholung gezwungen werden; also der schlimmere Angreifer, der sich sogar strafbar gemacht hat, wäre mitunter gegenüber dem, der nur zivilrechtlich zur Vernatwortung gezogen werden kann, offenbar stark begünstigt. In der Tat gibt das Beispiel Rosenthals[135]) zu denken, wonach eine kreditgefährdende Aeußerung, die in eine nicht beleidigende Form gekleidet ist, mit der Unterlassungsklage verfolgbar sein soll (RG. 60, 6; 61, 366; RG. in JW. 1915, 29), nicht aber eine solche Aeußerung, die — ein Plus gegenüber dem Minus — zu der Kreditgefährdung noch eine formale Beleidigung hinzufügt. Auch der Vorwurf des kaum begreiflichen Formalismus läßt sich hören, wenn er ausführt: „Hiernach ist gegen die Behauptung „die saubere" Zigarettenfirma X. gehört zum englisch-amerikanischen Tabaktrust", wegen der angefügten Beleidigung eine Unterlassungsklage nicht möglich, während die betroffene Fabrik alle zivilen Rechtsbehelfe haben würde, wenn die Hinzufügung des Wortes „saubere" unterblieben wäre. Unvernünftig wäre es offenbar auch, wenn man der Firma die actio quasi negatoria vorenthalten müßte, wenn sie nicht den ganzen schweren Tatbestand vorträgt, sondern lediglich die Verbreitung der Behauptung in der bewußt milder gehaltenen Form, — ohne das Wort „saubere" — vorbringt und mit der Klage nur die Weiterverbreitung dieser Behauptung verhindern will[136]). Auch folgende Frage Rosenthals[137]) verlangt eine befriedigende Antwort: „Vielleicht auch hat die Fabrik bei Klageerhebung nur Kenntnis von der Behauptung in der milderen Form gehabt, und in dem Prozeß stellt sich dann heraus, daß in einigen Fällen die beleidigende Form der Verbreitung zugrunde gelegen hat. Muß dann die Klage abgewiesen werden, weil der

135) a. a. O., S. 29.
136) Vgl. Rosenthal, S. 29.
137) a. a. O., S. 29.

Fabrik „die Möglichkeit gegeben ist, im Wege der Privatklage eine Bestrafung des Beleidigers herbeizuführen"?

Wollte man in all diesen Beispielen wirklich die Unterlassungsklage versagen, so müßten auch folgende rechtspolitischen Gesichtspunkte Krückmanns[138]) widerlegt werden: „Kulturell angesehen ist es sogar ein Rückschritt, wenn die Parteien auf die strafrechtlichen Rechtsbehelfe hingedrängt werden. Als man im römischen Pfandrecht sich noch nicht zu der Vorstellung des Rechtes fremder Sache durchgerungen hatte, half man sich mit gröberen, ungeschickten, das Ziel überschießenden Mitteln; der feineren Ausbildung des Vormundschaftsrechts gingen die ungefügen Strafdrohungen voraus. Derartiges sollte doch zu denken geben und die Praxis abhalten, die Parteien auf die gröblichsten Rechtsbehelfe hinzudrängen. Das Schlagwort von der Oekonomie des Prozesses ist ganz gut, aber es muß auch richtig und nicht bloß schematisch gehandhabt werden. Ueberspannt man in schematischer Weise den Bogen, kommt gerade das Gegenteil des Angestrebten heraus: die Parteien lassen sich eine unerträgliche Engigkeit der Auslegung nicht gefallen und gehen immer wieder gegen die verfehlte Rechtsprechung an, die Gerichte nur noch mehr belastend".

Aber auch diese schwerwiegenden Argumente, die doch in die konkreten Lebensverhältnisse einzugliedern sind, sind nicht geeignet, den Gesichtspunkt der Einschränkung der vorbeugenden Unterlassungsklage zu Fall zu bringen; denn auch nach der hier vertretenen Ansicht brauchen und können diese feinsinnigen Gedanken gar nicht widerlegt und zur wissenschaftlichen Ablehnung der Einschränkung verwendet werden, weil in solchen Fällen auch nach der hier vertretenen Ansicht die erhobene Unterlassungsklage wegen des Vorhandenseins des Rechtsschutzbedürfnisses nicht zur Abweisung führt, was in der Tat sich mit den Grenzen der Vernunft nicht vertragen würde. Jene Ausführungen Rosenthals sollten aber denen zu denken geben, die die vorbeugende Unterlassungsklage bei vorhandenem Strafschutz grundsätzlich ablehnen.

Als Grundsatz wurde bereits aufgestellt: im Zweifel ist die Unterlassungsklage auch dann gegeben, wenn strafrechtlicher Schutz gegeben ist. Es gibt nun zwei Ge-

138) JW. 1921, S. 177.

sichtspunkte, die erkennen lassen, wann ein Rechtsschutzbedürfnis besteht oder nicht besteht: das sind Zweckerreichung und Untergang des Interesses[139]). Danach lassen sich Fälle konstruieren, die zur Lösung des Problems führen.

1. Solange das schädigende Verhalten des Angreifers trotz des Strafschutzes einen widerrechtlichen Uebergriff befürchten läßt, ist die vorbeugende Unterlassungsklage zulässig, da dann der erstrebte Zweck, nämlich das Unterlassen des unerlaubten Vorhabens, noch nicht erreicht ist und auch wegen der fortdauernden Gefahr der Wiederholung der Angriffe von einem Untergang des Rechtsschutzbedürfnisses keine Rede sein kann. Ob ein erst zu verwirklichender Strafschutz künftige Unterlassung auch wirklich sichert, kann der Betroffene nicht wissen; die Vermutung dürfte im Hinblick auf die einmalige schlechte Erfahrung sogar dagegen sprechen. Ebenso schließt eine schon erfolgte Bestrafung nicht künftige Uebergriffe aus, läßt daher die Frage nach dem Rechtsschutzbedürfnis durchaus offen.

2. Umgekehrt ist eine actio quasi negatoria dann unzulässig, wenn der schon realisierte Strafschutz sichere Gewähr für fernere Unterlassung des unerlaubten Verhaltens bietet, oder wenn die Tatsache, daß strafrechtlicher Schutz gegeben ist, für den Angreifer von solchem Einfluß ist, daß er bestimmt unter seinem Druck sein rechtswidriges Vorhaben aufgibt. In diesen Fällen hat zwar einmal ein Rechtsschutzinteresse bestanden, aber es ist fortgefallen, und der Betroffene hat das erreicht, was er erreichen wollte, nämlich ungestörten Genuß seiner rechtlich geschützten Güter.

Schon die Gegenüberstellung der Fälle, in denen ein Rechtsschutzbedürfnis besteht, und in denen ein solches zu verneinen ist, läßt vermuten, daß die Fälle der zweiten Art äußerst selten sein werden, weil sichere Gewähr für fernere Unterlassung niemals gegeben ist; aber im Gegensatz zu Planck[140]), der glaubt, die Unterlassungsklage werde den Umständen nach „häufig" zu versagen sein, muß meines Erachtens sogar als Grundsatz aufgestellt werden, die Klage wird nur s e l t e n den Umständen nach zu versagen sein.

139) So auch Planck, a. a. O., S. 1752 und Krückmann, JW. 1921, S. 177.

140) a. a. O., S. 1752.

Die Gegenüberstellung beweist ferner, daß die Einschränkung der vorbeugenden Unterlassungsklage bei der Konkurrenz mit Strafklagen keinen praktischen Bedenken begegnet, da eine demgemäße Rechtsprechung sowohl verhütet, daß die vorbeugende Unterlassungsklage uferlos gegeben ist und dann der gesetzlichen Grundlage entbehrt und andererseits verhindert, daß die schrankenlose Zulassung der vorbeugenden Unterlassungsklage zum Mißbrauch führen, Wohltat zur Plage werden könne, zumal wenn, wie im Schrifttum bisweilen befürwortet, die Anforderungen an den Beweis der Wiederholungsgefahr herabgemindert werden[141]).

Beide Möglichkeiten sollen nun durch Beispiele belegt und veranschaulicht werden.

Gesetzt den Fall, daß der in unerlaubter Weise Bedrohte lediglich auf den Strafschutz angewiesen wäre, wie sollte der durch öffentliche Strafe weitere schädigende Eingriffe verhindern, wenn der Täter durch Aufenthalt im Auslande der Strafverfolgung entzogen wäre? Hier muß ein Rechtsschutzbedürfnis anerkannt werden und daher die zivile Unterlassungsklage zulässig sein[142]).

Aber auch wenn die Strafverfolgung aus anderen Gründen ungebührlich erschwert ist, wenn z. B. bei der Privatklage die jedesmalige Strafverfolgung im Einzelfall zu erheblichen Schwierigkeiten führt, liegt ein zu befriedigendes Rechtsbedürfnis vor[143]). Es kann auch sein, daß die zu erwartende Strafe keine genügende Sicherung bietet, daß der Angreifer von seinem Vorhaben ablassen werde, wenn der kapitalistische oder besonders hartnäckige Täter die allein zugelassene Geldstrafe mit Leichtigkeit zahlen dürfte.

Die meisten Schriftsteller und auch das Reichsgericht glauben, daß auch dann die vorbeugende Unterlassungsklage „ausnahmsweise" neben der Geltendmachung des Schutzes zulässig sei, wenn für eine Strafverfolgung wegen Verjährung oder Ablaufs der Antragsfrist Schwierigkeiten entstehen. M. E. kann vom Problem der Zulässigkeit der Konkurrenz von Zivilklage und Strafandrohung nur dann gesprochen werden, wenn beide Rechtsbehelfe im konkreten Falle auch wirklich nebeneinander gegeben sind. Das ist doch aber nicht der Fall, wenn die Straftat verjährt ist

141) Vgl. Planck, S. 1752.
142) Vgl. RG. 82, S. 64 unten.
143) Vgl. RG. 82, S. 64 unten.

oder eine Bestrafung wegen Ablaufs der Antragsfrist unmöglich ist; in diesen Fällen ist ein Strafschutz doch gar nicht verliehen; daß er vielleicht einmal bestanden hat, hat für die Frage der Feststellung und Zulässigkeit der Konkurrenz nichts zu bedeuten. Hier ist selbstverständlich wegen Vorliegens der allgemeinen Voraussetzungen, da ein Rechtsschutzbedürfnis besteht und dieses durch Strafschutz nicht beseitigt ist, die vorbeugende Unterlassungsklage gegeben, aber nicht als Ausnahme wegen Unzulässigkeit der Nebeneinandergewährung beider Rechtsbehelfe. Dasselbe gilt m. E. auch dann, wenn die Strafe infolge oder wegen Unzurechnungsfähigkeit des Täters, z. B. wegen Geisteskrankheit ausgeschlossen ist; denn auch hier bestehen nicht zwei Rechtsbehelfe nebeneinander.

Der Hauptfall der Zulässigkeit der vorbeugenden Unterlassungsklage trotz vorhandenen Strafschutzes dürfte bleiben, daß der Betroffene trotz der öffentlichen Strafe keine genügende Gewähr besitzt, daß fortan rechtswidrige Eingriffe unterbleiben werden; denn so wie der Täter trotz der Strafandrohung einmal unerlaubter Weise gehandelt hat, so kann er auch in Zukunft trotz des Strafgesetzes Unrecht tun. Es dürfte sehr selten sein, daß ein Richter mit Bestimmtheit annehmen kann, daß rechtswidrige Eingriffe nach der Verhängung der Strafe nicht mehr vorkommen werden. Um aber den Bedrohten keinesfalls schutzlos zu lassen, (bezw. seinen Schutz durch das lange Strafverfahren hinauszuzögern), wird auch ein Richter auch in Zweifelsfällen ein Rechtsschutzbedürfnis anerkennen können.

Aus einem weiteren Grunde ist es empfehlenswert, die vorbeugende Unterlassungsklage fast immer zuzulassen. Wird jemand in seinem Kredit bedroht, so liegt ihm sehr daran, eine Weiterverbreitung der kreditgefährdenden Behauptung sofort zu unterbinden. Enneccerus[144]) bemerkt zu Recht: Die Zivilklage ist „schneller namentlich insofern, als der Bedrohte eine einstweilige Verfügung erwirken kann und ihm auch der Beweis für seinen Anspruch nicht zu schwer fällt, da der objektive Tatbestand einer strafbaren Handlung und der Gefahr der Wiederholung meist sofort erkennbar sind". Wäre er lediglich auf den strafrechtlichen Schutz angewiesen, so müßte er sich noch lange das schädliche Verhalten gefallen lassen; denn er

144) a. a. O., S. 773, Anm. 16.

kann einmal nicht wissen, ob die kreditgefährdende Behauptung gemäß § 185 StGB. zur Bestrafung führen wird. In der Regel erfährt der Betroffene, der Grund hat, „Nachteile für seinen Erwerb oder sein Fortkommen" (§ 824 BGB.) zu befürchten, nur, daß gegen ihn eine bestimmte kreditgefährdende Behauptung im Umlauf ist. Ob in der Person des Täters, wenn er ermittelt ist, der subjektive Tatbestand gegeben ist, stellt sich meist erst sehr spät, regelmäßig erst im Strafverfahren heraus. Eine Bestrafung erfolgt erst dann, wenn die objektive Unrichtigkeit der Behauptung nachgewiesen ist; der zivile Unterlassungsschutz dagegen könnte durch eine einstweilige Verfügung, für deren Erlangung Glaubhaftmachung genügen würde, baldigst verwirklicht werden und würde weitere Schädigungen vereiteln.

Es ist Flad[145]) vollauf beizupflichten, wenn er wünscht, daß jene Beschränkung der vorbeugenden Unterlassungsklage in Ansehung strafbarer Handlungen mit Vorsicht und mit einer gewissen Liberalität gehandhabt werde. Angesichts der großen Gefahren, die ein ungenügender Rechtsschutz gegenüber einem rechtswidrigen bedrohlichen Verhalten des Angreifers in sich birgt und entsprechend den Forderungen der Vernunft nach Bevorzugung prophylaktischer Abwehr gegen schädliche, schwer oder nicht gutzumachende Angriffe ist im Zweifel trotz des Strafschutzes ein Rechtsschutzbedürfnis zu bejahen. Da die Zahl der Fälle, in denen trotz des Strafschutzes die vorbeugende Unterlassungsklage zulässig ist, bei weitem überwiegen dürfte, ist die Richtigkeit des oben aufgestellten Grundsatzes erwiesen: Die vorbeugende Unterlassungsklage ist grundsätzlich trotz des Strafschutzes zu gewähren und nur selten infolge besonderer Umstände ausgeschlossen.

Insbesondere bei Ehrverletzungen muß im Zweifel trotz des Strafschutzes ein Rechtsschutzbedürfnis anerkannt werden, weil es sonst in deutschen Landen um den Schutz der Ehre schlecht bestellt wäre. Gerade weil im Auslande ein starker Rechtsschutz gegen ehrenrührige Handlungen gegeben ist, gerade weil Ehrverletzungen den Angegriffenen vollkommen ruinieren können, gerade wo in der Gegenwart das Autoritätsgefühl vor fremden Rechtsgütern über-

145) a. a. O., S. 372.

haupt, der Ehre insbesondere stark gesunken ist, muß, schon um die Allgemeinheit zur Achtung vor fremden Rechten zu erziehen, damit im Interesse deutscher Kultur, gerade auf dem Gebiete des Ehrschutzes leicht ein Rechtsschutzbedürfnis zum Schutze der Ehre anerkannt werden. Wollte man hier nicht großzügig sein, dann würde man in der Tat zu der von Enneccerus[146]) befürchteten Verkümmerung unseres Ehrschutzes kommen, was wahrlich stark befremden und rückschrittlich wirken würde; denn wollte man die Konkurrenz beider Rechtsbehelfe bei Klagen zum Schutze der Ehre grundsätzlich nicht zulassen, so würde man in der Tat toten Sachgütern den Vorrang vor dem Menschen geben; denn das Eigentum z. B. genießt neben dem strafrechtlichen Schutz kraft ausdrücklicher Vorschrift des § 1004 BGB. auch Unterlassungsschutz.

Sucht man solche Fälle nachzuweisen, in denen infolge des nebeneinanderbestehenden Straf- und Zivilschutzes das Rechtsschutzbedürfnis verneint werden muß, so begegnet man schweren Hindernissen. Nicht genügen zur Rechtfertigung der Einschränkung folgende Gesichtspunkte[147]): Es sei eine „Gefahr für jeden, von einem prozeßsüchtigen und zahlungsfähigen Eiferer mit Klagen beiderlei Art, mit Zivilklage auf Unterlassung und mit Privatklage wegen Beleidigung, womöglich gleichzeitig überzogen zu werden, — welches Uebergewicht desjenigen, dem es auf die Prozeßkosten nicht anzukommen braucht!" „Welch unerwünschtes Bild, wenn auf die erfolglos durchgeführte Privatklage nun die Zivilklage gesetzt wird, — wenn womöglich auf beide inhaltlich verschiedene Urteile ergehen, — wenn womöglich beide nebeneinander schweben und der Kläger etwa die Behauptung der Wiederholungsgefahr mit dem Verhalten des Angeklagten im Strafverfahren oder mit dessen dem Angeklagten günstigen Ausgang begründen will"[148])! Gewiß mögen all diese allgemeinen Gedanken, die fürwahr[149]) „eine Gefahr für die sittliche Auffassung des Kampfes ums Recht bedeuten können, den Richter bei der Prüfung der Frage: Liegt für die Gewährung der Klage ein Rechtsschutzbedürfnis vor? beeinflussen: aber wenn nicht der Fall wegen besonderer

146) a. a. O., S. 773.
147) Vgl. Flad, S. 373.
148) Flad, S. 373.
149) Ebenda.

Umstände ein Rechtsschutzbedürfnis verneinen läßt, so sind jene Gesichtspunkte nicht geeignet, ein Rechtsschutzbedürfnis auszuschließen. Folgender Fall aber scheint eines Rechtsschutzbedürfnisses zu entbehren: Der Angreifer ist wegen seiner Tat bestraft; der betroffene X. hat von seinem Standpunkt aus allen Grund, eine Wiederholung befürchten zu müssen; er hat auch für das Vorliegen der Wiederholungsgefahr Beweis angetreten, an das der Richter z. B. wegen § 463 ZPO. gebunden ist. Der Richter weiß aber auf Grund persönlicher Beziehungen zum Angreifer oder absolut zuverlässiger Gewährsleute, daß dieser keinesfalls einen weiteren rechtswidrigen Angriff vornehmen wird, z. B. weil er eine ihn ruinierende Wette verlieren würde oder weil er nur einmal den Mut hat beweisen wollen, er könne eine unerlaubte Handlung begehen. Kann hier der Richter sagen: Dem X. droht Wiederholungsgefahr, jedenfalls darf ich an dem Beweisantritt nicht vorübergehen; er bleibt schutzlos, wenn ich ihm die vorbeugende Unterlassungsklage nicht gewähre? Gewiß wäre hier trotz der nachgewiesenen Wiederholungsgefahr ein Rechtsschutzbedürfnis, das den Analogieschluß der actio quasi negatoria rechtfertigen würde, nicht anzuerkennen. Daß daher der klagende X. kostenpflichtig abgewiesen werden würde, mag menschlich bedauerlich sein; aber dieser Gefühlsgedanke ist nicht fähig, ein Rechtsschutzbedürfnis zu begründen. Wenn auch nur dieser eine Fall des Ausschlusses der Konkurrenz beider Rechtsbehelfe festgestellt werden könnte, so kann nicht mehr davon die Rede sein, die vorbeugende Unterlassungsklage sei neben dem Strafschutz in jedem Falle zulässig. Die Möglichkeit der ausnahmsweisen Unzulässigkeit der vorbeugenden Unterlassungsklage bei vorhandenem Strafschutz dürfte kaum den ganzen vorbeugenden Unterlassungsschutz illusorisch machen und die actio quasi negatoria, die ein überlegenes Richtertum geschaffen hat, so einschränken, daß von den wohltuenden Wirkungen der vorbeugenden Unterlassungsklage keine Rede mehr sein kann.

Dritter Teil:

Gedanken über die vorbeugende Unterlassungsklage de lege ferenda.

Es wurde gezeigt, daß die actio quasi negatoria grundsätzlich trotz daneben laufenden Strafschutzes zulässig ist, daß sie nur selten den Umständen nach zu versagen sein wird.

Im Interesse klarer Rechtsbegriffe und einheitlicher Rechtsprechung, die actio quasi negatoria nicht der Analogie zu überlassen, sondern diese gesetzgeberisch zu regeln, wobei insbesondere eine klare Abgrenzung der wiederherstellenden „Unterlassungsklage" und der vorbeugenden Unterlassungsklage erforderlich wäre. Wie nun sollte das Problem der Konkurrenz der Zivilklage und des Strafschutzes geregelt werden?

Neukamp[150]) meint: „Würde nicht die Unterlassungsklage in dem .... Umfange, namentlich zwecks Abwehr von strafbaren Handlungen dazu benutzt werden, die im Strafverfahren freigesprochenen Personen mit vexatorischen Klagen zu überziehen? Ich vermag es nicht als die Aufgabe der Zivilgerichte ansehen, durch „Lückenausfüllung" einem derartigen vexatorischen Vorgehen noch Vorschub zu leisten, glaube vielmehr umgekehrt, daß die neueste Rechtsprechung des Reichsgerichts, die in solchen Fällen die Unterlassungsklage grundsätzlich versagt, auch vom legislativ-politischen Standpunkt aus das richtige getroffen hat". Er hält es also für angebracht, auch de lege feranda die vorbeugende Unterlassungsklage bei vorhandenem Strafschutz grundsätzlich zu versagen. Er müßte, wenn die bisherige actio quasi negatoria wirklich gesetzlich ausdrücklich geregelt würde, den einschränkenden Satz hinzufügen: „Die Unterlassungsklage entfällt, wenn vorhandener Strafschutz zum Schutze des Betroffenen ausreichend erscheint"; denn selbstverständlich wäre dann die vorbeugende Unterlassungsklage von der richterlichen Feststellung des Rechtsschutzes befreit, das das Gesetz selber durch Gewährung der Rechtsvorschrift ein Rechtsschutzbedürfnis anerkannt hätte, an welches selbstverständlich der Richter gebunden wäre.

150) JW. 1915, 120.

Salinger[151]), der die vorbeugende Unterlassungsklage nach heutigem Recht für unzulässig hält, erkennt zwar nicht ein allgemeines, aber ein in Einzelfällen, z. B. bei der üblen Nachrede feststellbares Rechtsschutzinteresse an; er glaubt, man könne dies nicht durch eine vorbeugende Unterlassungsklage befriedigen, er schlägt daher vor, dem Betroffenen durch Gesetzesvorschrift die Möglichkeit zu verschaffen, auch in den Fällen, in denen die Voraussetzungen der Beseitigungs- und der Unterlassungsklage nicht vorliegen, die Unwahrheit der Behauptung auf dem Wege des Zivilprozesses feststellen zu lassen; er will daher in einem § 824 a gegen denjenigen, welcher der Wahrheit zuwider Tatsachen behauptet oder verbreitet, die geeignet sind, einen anderen verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen oder den Kredit eines anderen zu gefährden oder sonstige Nachteile für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen, den Anspruch geben, daß auf dem Wege des Zivilprozesses die Unrichtigkeit der Tatsachen festgestellt wird.

M. E. kann eine Feststellungsklage nie und nimmer ausreichenden Rechtsschutz gewähren; wer wollte glauben, daß derjenige, dessen Behauptung gerichtlich als unwahr festgestellt wird, fortan die Behauptung nicht mehr, — vielleicht variiert — verbreiten wird? Man denke ferner an die große Schwierigkeit, das feststellende Urteil wirklich jedermann zugänglich zu machen. Auch scheint die Fassung Salingers, wenn sie auch erschöpfend sein will, zu eng zu sein; m. E. muß ein Unterlassungsschutz zur Abwehr aller Eingriffe auf die in den §§ 823 ff BGB. aufgeführten Rechtsgüter verliehen werden. Jedenfalls besteht für eine vollstreckbare Unterlassungsklage, die ja eine Leistungsklage ist, ein unbedingtes Bedürfnis in unserem Rechtsleben.

Eben wurde de lege ferenda vorgeschlagen, aus der actio quasi negatoria eine actio negatoria zu machen. Dann müßte von der Prüfung des Vorliegens des Rechtsschutzbedürfnisses abgesehen werden; es wird also dann nichts weiter für die Unterlassungsklage zu fordern sein, als ein objektiv rechtswidriger Eingriff in ein vom Gesetz geschütztes Rechtsgut und die durch Tatsachen begründete ernstliche Gefahr der Wiederholung. Die Tatsache daneben

151) a. a. O., S. 278 ff., insbes. 282/83.

laufenden Strafschutzes würde dann völlig ausscheiden. Damit wäre auch der an sich bestehenden Verschiedenartigkeit des zivilrechtlichen und strafrechtlichen Rechtsschutzes genügend Rechnung getragen; der „strafrechtliche Schutz bewegt sich nicht nur in anderen Formen, er dient auch anderen Bedürfnissen und Zwecken als der zivilrechtliche, und es läßt sich deshalb die Notwendigkeit eines privatrechtlichen Schutzes nicht (d. h. de lege ferenda der Verf.) damit verneinen, daß für den Schutz des bedrohten Privatrechts auch der Weg der Strafklage offen stehe[152])[153])".

M. E. sollte die vorbeugende Unterlassungsklage also neben dem Strafschutz immer verliehen sein; das ist insbesondere deswegen notwendig, weil der Schutz der Ehre und die Abwehr übler Nachrede, die im geschäftlichen Leben ungeheuer gefährliche, ja geradezu vernichtende Folgen hervorrufen kann, nicht genügend groß zu sein vermag. In der uneingeschränkten Gewährung vorbeugenden Unterlassungschutzes kann m. E. eine Gefahr für unser Wirtschaftsleben, eine Gefährdung unserer Rechtsprechung durch eine zu erwartende hemmungslose Flut von Unterlassungsklagen nicht gesehen werden; daß über die rechtspolitischen Gedanken hinweggegangen werden kann, rechtfertigt die Tatsache, daß, wie wir gesehen haben, die Fälle, in denen nach heutigem Recht die Konkurrenz jener beiden Rechtsbehelfen ausgeschlossen ist, äußerst selten sind und die bisherige Rechtsprechungspraxis, die ja bekanntlich das Nebeneinanderbestehen von Zivil- und Strafschutz nicht ausnahmslos verwirft, noch nicht die viel befürchtete Gefahr der Unsicherheit des Verkehrslebens erwiesen hat; außerdem dürfen die Mühen und die geldliche Belastung, die eine Geltendmachung beider Rechtsbehelfe zur Folge hat, dazu beitragen, den Betroffenen abzuhalten, von allen ihm vom Gesetz verliehenen Rechtsbehelfen Gebrauch zu machen. Die Erfahrung hat glücklicherweise noch nicht ergeben, daß eine Partei stets sämtliche ihr zur Verfügung stehende Rechtsbehelfe — womöglich gleichzeitig — zu ihrem Schutze benutzt.

---

152) Vgl. RGRKomm., Vorbem. zu § 823, 6, III, S. 547.

153) Ein Widerspruch zu den Ausführungen im zweiten Teil kann nicht abgeleitet werden, denn oben war die Berücksichtigung der Einheit unserer Rechtsordnung, also auch des Strafrechts aus Gründen der Analogie notwendig, die ja hier entfällt.

Literaturverzeichnis.

Allfeld: Urhebergesetz. 1908.
Baumbach: Kommentar zum Wettbewerbsrecht. 1929.
Bierling: Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe. 1877 und 1883.
Binding: Die Normen und ihre Uebertretung. 1872.
v. Blume: Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage. In: Festgabe für Güterbock. 1910.
Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. II. 1915.
Eltzbacher: Die Unterlassungsklage. 1906.
— Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichem Recht. 1903.
Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. (11.) 1930.
Finger: Reichsgesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen. 1906.
— Reichsgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. 1911.
Fischer-Henle: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. (13.) 1927.
Flad: Iherings Jahrbücher. 34. Bd., S. 366 ff.
Fuchs: Recht und Wirtschaft. 1917, 225.
— In JW. 1925, 30.
Fuld: Das Reichsgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. 1910.
— Gruchot, Bd. 47, S. 373 ff.
Freyhan: Markenschutz und Wettbewerb (zit. Mu. W.). 16, 231.
Gierke: Deutsches Privatrecht. 1. Bd., 1895.
Goldschmidt: Zivilprozeßrecht. 1929.
Hellwig: Anspruch und Klagrecht. 1900.
— Lehrbuch des deutschen Zivilprozeß. I. 1903.
— System. 1912/19.
Jacobsohn: Die Unterlassungsklage. 1912.
Kohler: Der unlautere Wettbewerb. 1914.
— In: Goltd. Arch. Bd. 47, S. 154 ff.
Krückmann: In: JW. 1921, S. 761; 1927, S. 769 f.
Lau: Gruchot, Bd. 47, S. 49 ff.
Lehmann: Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht. 1906.
— In: Goldschmidts Zeitung. 76.
Lesser: In: Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 38, S. 102 ff.
Lippmann: In: Seuff. Blätter, 1910, S. 125 f.
Lobe: I. Der unlautere Wettbewerb als Rechtsverletzung. 1907.
— Das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs. 1896.
— In: Leipziger Ztg. 16, S. 644 ff.
— In: Gewerblicher Rechtsschutz. 1917, S. 20 ff.

Mannhardt: In: Deutsche Juristen-Zeitung, 1903, S. 416 ff., 1919, S. 446 ff.
Mayer, M. E.: Lehrbuch des Strafrechts. Allgem. Teil 1923.
Meyer, Th.: Im: Recht. 1924, S. 434 ff.
Neukamp: In: JW. 1915, S. 113 ff.
— Festgabe für Zitelmann. 1913, Nr. 5.
Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch (Komm.). 1929.
— Lehrbuch des Zivilprozesses.
Planck: Kommentar zum BGB. (4.), 1928.
— Zivilprozeß. 1887/96.
Protokolle der zweiten Lesung des BGB. Bd. 6.
Rath: Schutz der Ehre. Diss. Erlangen 1909.
Recken: In: JW. 1915, S. 271 ff.
Riezler: In: Recht, 1922, S. 168 ff.
Rosenberg: Lehrbuch des Zivilprozesses. 1927.
Rosenthal: Die Unterlassungsklage. 1906.
— Wettbewerbsgesetz. (7.), 1928.
RGRKomm.: = Reichsgerichtsräte-Kommentar. (7.), 1929.
Salinger: In: Gruchot, Bd. 64, S. 263 ff.
— In: Leipz. Z. 1919, S. 1153 f., 1206 ff.
Schramm: In: DJZ. 1925, S. 1630 ff.
Schulz-Scheffer: Das subjektive Recht im Gebiet der unerlaubten Handlung. 1913.
Seuffert: Zivilprozeßordnung. (11.), 1910.
Siber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht. 1903.
Staub: Kommentar zum HGB. (12./13.) 1927.
Staudinger: Kommentar zum BGB. 1928.
Stein-Jonas: Zivilprozeßrecht (Komm.). 1928.
Stenographische Berichte des Reichstags. 1897, 1898.
Stephan: Die Unterlassungsklage. 1906.
Teich: In: JW. 1914, S. 612 ff.
Ulrich: In: Iherings Jahrb. Bd. 64, S. 161 ff.
Warneyer: Kommentar zum BGB. 1930.
Weismann: Zivilprozeß 1903/05.
Weinmann: In: JW. 1914, S. 1007 ff.
Wendt: In: Arch. für zivilistische Praxis. Bd. 92.
Zitelmann: Lücken im Recht. 1903.

Lebenslauf.

Am 23. August 1906 bin ich als Sohn des Justizoberwachtmeisters Paul Langner zu Schmiedeberg i. R. geboren und verzog alsbald nach Breslau. Ich bin Preuße und katholischen Bekenntnisses. Nach Besuch der Volksschule trat ich Ostern 1917 in die Sexta des humanistischen König-Wilhelms-Gymnasiums zu Breslau ein und verließ die Anstalt Ostern 1926 mit dem Zeugnis der Reife. Darauf bezog ich die Universität Breslau und studierte dort Rechts- und Staatswissenschaft, Volkswirtschaft und Geschichte. Am 27. uni 1931 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung. eit dem 5. September 1931 bin ich als Referendar zunächst eim Amtsgericht in Trebnitz und jetzt in Breslau tätig. Am 17. Juli 1931 bestand ich das juristische Doktorexamen mit dem Prädikat „gut“.